

POR
D. LUIS DE GAUI
CATANEO Y LOMELIN, VEZINO DE ESTA CIUDAD, Y ALFEREZ MAYOR DE LA Villa de Salobreña.

CON

DON IVAN BAUTISTA LOMELIN, VEZINO, Y natural de la de Genova.

SOBRE

LA SUCCESSION DEL VINCULO, Y MAYORAZGO que fundò Hortensio Gavi, Alferez Mayor que fue de la Villa de Salobreña, dueño del Ingenio de fabricar azucares, y tierras, y demàs bienes situados en dicha Villa.

Impresso en Granada en la Imprenta Real de Francisco de Ochoa, Impressor del Santo Oficio.
Año de 1691.

N. 1. 

VYZIO POSSESSORIO ES el que se trata entre las partes, vna que possee, auctore prætore, otra que se oppone nueve meses despues de tomada la possesion, impugnandola por dezir es legitimo successor en este mayorazgo, y por ministerio de la ley 45. de Toro se le ha transferido la civil, y natural, y aunque se aya tomado la Real corporal, y con ella aya ocupado los bienes su contrario, à èl se le ha de dar; y porque el fundamento de este intento, nititur in Regula *dict. l. 45. Taur.* siendo su tenor, y forma la que lo declara, serà precisso referirla, ibi:

2 *Mandamos, que las cosas q̃ son de Mayorazgo, agora sean Villas, ò Fortalezas, ò de otra qualquier calidad q̃ sean, muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del Mayorazgo debiere succeder en el, aunque aya otro tomado la possession dellas en vida del tenedor del Mayorazgo, ò el muerto, ò el dicho tenedor le aya dado la possession dellas.* En que clausula, ò razon de esta ley se funda Don Iuan Bautista Lomelin para intentar el juyzio de translacion de possession por ministerio della; es lo que dudamos; porque si es por razon de siguiente en grado à D. Julio David Gavi, primero llamado, y posseedor, y à Don Iulio su hijo, vltimo posseedor, este hermano, y aquel padre de Don Luis, vemos que no lo es, sino de distinto grado, y linea.

3 Conque la disposicion de la *ley 45.* para la translacion de la possession natural, y civil, habla, y dispone expressamente en favor de Don Luis, como siguiente en grado, hijo, y hermano del vltimo, y pri-

mer

mer llamado; y posseedor legitimo deste Mayorazgo de Salobreña, y que se halla en su linea actual, y efectiva, q̃ segun la regla de los mayorazgos de España, es la que constituye por dicha ley la continuacion, y translacion de la possesion en el siguiẽte en grado de aquella linea sin poder retrogradarse, ni hazer transito, hasta que aya extincion de todos los que della procedieren, vt expresse cavetur, *in l. 9. tit. 1. l. 2. tit. 15. part. 2.* text. *in cap. 1. de natur. succes. feud.* ibi: *Et ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt ex qua iste fuit, Dom. Vela, dissert. 49. num. 35. Roxas, de incompatibil. maiorat. 1. part. cap. 8. nu. 24. & fusius, Dom. Castill. tom. 5. cap. 67. num. 30. & cap. 91. n. 61. & cap. 92. à num. 35. & cap. 93. à num. 3.*

4 Si se opone Don Iuan Bautista Lomelin, como siguiente en grado, por auerse acabado la linea de Don Iulio, porque Don Luis su hijo por no serlo de matrimonio, no lo es; y asi ha llegado el caso de su substitucion, y llamamiento como hijo de la muger del Doctor Lomelin, hallamos que se funda en supuesto falso, y fundamento, que no ha provado, ni por hecho, ni por derecho, como evidentissime demonstrabimus, y asi faltando este principio, & substitutionis casu non evento, neque in persona Lomelini impleto, tam ex defectu iuris, & legitimationis, itemquè ob in habilitatem, & incapacitatem, tanquam alienigena, & exterus consequenter excludendus ille, & manutendus in possesione. D. Luis de Gavi, hijo, y hermano del primero, y vltimo posseedor, y de su linea efectiva, y actual, y que possee, authore prætore, vt latè fundat, *Dom. Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. num. 15. Dom. Paz, de tenut. cap. 9. num. 4. Dom. Covarr. pract. cap. 17. num. 5. Dom. Valenç. Velazq. cons. 41. à num. 66.*

5 Y porque à principios tan regulares, y manifiestos, se ha opuesto Don Iuan Bautista Lomelin, y

sus

sus Abogados, ya dudando de la filiació natural de D. Luis, ya confessandosela, y que està excluido en caso de ser hijo natural del primer llamado de la succession de los mayorazgos de España por las doctrinas *del señor Don Luis de Molina, lib. 1. cap. 4. à num. 46. y señor Don Iuan del Castillo, tom. 5. cap. 82. à num. 13. cum seqq.*

6 En los articulos de esta alegacion se harà manifiesto el derecho, que tanto lo es de Don Luis, y quedarà excluido, y Convencido el intento de Don Iuan, satisfechas, y respondidas sus excepciones, y sin escrupulo de dificultad, patente la justicia de Don Luis, para lo qual se dividirà en cinco partes, y à cada vna se aplicaràn los fundamentos juridicos que le corresponden.

7 1. Al primero, la probança clara, y estado de su filiacion natural de D. Luis.

8 2. Al segundo, el llamamiento literal, y expresso del Fundador.

9 3. Al tercero, el llamamiento legal en competencia de D. Iuan Bautista, substituido.

10 4. Al quarto, el defecto de la probança de su filiacion de D. Iuan, y no aver llegado el caso de la substitucion, en caso que estuviera probada.

11 5. Y al quinto, y vltimo, la incapacidad de dicho D. Iuan, por Estrangero, y Genovès.

PRIMVS ARTICVLVS.

12 VVlgar proposicion es, que la probãça de filiacion, respecto del padre, semper pro difficili reputatur a iure, & ideò coniecturis probari permittitur, *l. Lucius, ff. de cond. & demonstr.* & ibi Bart. Bald. *in l. non ignorat, C. qui accusar. non possunt*, Escobar, *de puritat. 1. part. q. 10. §. 2. num. 3.* Menoch. *de arbitrar. cas. 89. num. 88.* Mascard. *de probat. conclus. 787.* Dom. Castill. *tom. 5. cap. 104. à num. 7.* Noguer. *alleg. 25. à num. 24.* Giurba, *de success. feud. §. 1. gloss. 9. n. 35.*

13 Son tantas, y tan evidentes las que concurren en este caso para la probança de filiacion de D. Luis, y sus hermanos, que nos parecia ocioso el proponerlas: Mas, por que à esta verdad quieren oponerse Don Iuan Bautista, y sus Abogados con vna objeccion tan calumniosa, y falsa, como suponer defecto de los requisitos que dispone la *ley 11. de Toro, quæ est l. 9. tit. 8. lib. 5. Recop.* para que se convença esta suposicion, antes de referir la probança, se referiran las palabras de la ley, ibi: *Y porque no se pueda dudar quales son hijos naturales: ordenamos, y mandamos, que entonçes se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieren, ò fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no aya tenido la muger de quien lo huuo en su casa, ni sea vna sola: Ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.*

14 La libertad en las personas de D. Iulio David Gavi, y Doña Iuana Daza Malo de Molina, y habilidad para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento, y concepcion de Don Luis, y sus hermanos, està justificada plenamente, y con bastante numero de testigos mayores de toda excepcion, como son el Licenciado Don Salvador de Ribas, Secretario del Santo Oficio de la Inquisiciõ. Don Ioseph Pacheco de Padilla, Cavallero del Orden de Calatrava. Don Francisco Hurtado de Mendoza del Orden de señor Santiago. Don Luis Antonio Gonçalez, Veintiquatro de esta Ciudad. Don Antonio Franco Pacheco, Familiar del Santo Oficio. Y Iuan Francisco Mesia, Escrivano de su Magestad, que en la 4. y 5. pregunta lo depone de vista, trato, y comunicacion con los referidos padres de Don Luis.

15 El reconocimiento expresso que por el año passado de 678. hizo con juramento, por declaracion ante la justicia desta Ciudad, y ante Ignacio Padial, Escrivano de su Magestad el dicho Don Iulio David Gavi, en que de-

cla-

clara son sus hijos Don Iulio Gavi, vltimo posseedor deste mayorazgo. Don Luis Gavi, que oy litiga. Don Marco Antonio, à quien se nombrò defensor, y à salido à este pleyto. Doña Maria Gregoria, Monja en la Concepcion, y otros dos. Don Carlos Agustin, y Don Ioseph Hortensio, que oy son Religiosos, todos auidos en la dicha Doña Iuana Daza, siendo soltera, y habiles ambos para contraer matrimonio, y baxo de palabra de casamiento, y esponsales de futuro, y promessa de matrimonio, como lo declarò por su testamento, baxo de cuya disposicion muriò por el año passado de 664. la dicha Doña Iuana (de que assimesmo ay presentado testimonio) à que se remite el dicho D. Iulio, y como tales sus hijos, los criò, educò, tratò, y alimētò, y por tales los reconoce, y declara de nuevo, en caso necessario, y que son los mismos que declara, y se contienen en el testamento de la dicha Doña Iuana.

16 Vease, pues, si concurren los requisitos que dispone la ley 11. de Toro en la filiacion de D. Luis, y se hallarà, que en todo, y por todo se ajustan à su disposicion. Solo el reconocimiento expresso del padre con la habilidad al tiempo del nacimiento basta; aqui lo ay claro, y expresso, no solo del padre, sino de la madre; luego no es necessaria mas probanza de la filiacion, la mayor es cierta por la disposicion de dicha ley de Toro; la menor se prueba con los testimonios presentados, y regulandolos à la disposicion de la *l.7.tit.22.lib.4.fori*, ibi: *Quien quisiere recebir por su fijo, fijo que aya en muger que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, ò ante homes buenos, y diga en tal manera: este es mi fijo, que de tal muger* (nombrela.) *Y desde aqui adelante quiero que sepades que es mi fijo, y que lo recibo por fijo: Y si aquel que lo assi recibiere por fijo muriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos no huuiere, ò nietos, ò dende à yuso: y si manda quisiere fazer, fagala sin empecerle aquel fijo que recibiò ensi, y el fijo que assi fuere recebido, aya honra de fidalgo, si su padre fuere fidalgo, y esto se entiende de los hijos naturales.*

Lue-

17 Luego la consequencia es evidente auiendo la declaracion de ambos, la del padre ante escrivano, y testigos, y por mandado del Iuez, como dispone dicha L: del fuero, y la de la madre por su testamento, vt in terminis resolvit *Noguer. dict. alleg. 25. num. 62. Escob. de purit. 1. part. quæst. 4. §. 4. à num. 44. text. in cap. 5. de eo qui cogn. consang. vxor. suæ*; ibi: *Cum id fateatur vterque*, *cap. per tuas, de probat.* ibi: *Filius nominatus communiter fuit, & habitus ab ambobus.* Et *in cap. per tuas, qui filij sint leg.* ibi: *Standum est super hoc, verbo, viri, & mulieris.* Et *in l. 1. §. ad quæstionem, ff. de quæst.* ibi: *Quam ambo parentes dicunt charam filiam habuisse, &c.* Latè Menoch. *cons.* 181. *à num.* 1. Mascard. *conclus.* 787. *num.* 15. Surd. *cons.* 1. *num.* 46. Balthas. Thom. *de legit. tit.* 13. *cap.* 7. *num.* 349. & 383. Dom. Castillo, *tom.* 5. *cap.* 104. *num.* 12. latissimè Barb. *lib.* 2. *vot.* 22. *à num.* 27. Rota Rom. *coram Paulo Zachia. decis.* 69. *num.* 4. & 5. *lib.* 10. *qq. medic. legal.* Luego no se puede poner duda en la filiacion de Don Luis, quando està ajustada à la disposicion de derecho, y leyes Reales, y à la probança regular, y concluyente que por ella se requiere.

18 Mayormente quando se halla adminiculada con las demas presumpciones, indicios, y conjeturas por donde se induze, y prueba la filiacion, scilicèt, el aver Don Iulio David criado, y alimentado à Don Luis, y sus hermanos por sus hijos, vt probant Guill. Benedict. *in cap. Rainutius, de testam.* 3. *part.* verbo, *quem filium, num.* 14. Surd. *dict. cons.* 1. *num.* 46. Noguer. *dict. alleg.* 25. *num.* 78. Zachias. *dict. decis.* 69. *num.* 8. August. Barbos. *dict. vot.* 22. *num.* 21. Anneo Roberto, *lib.* 2. *rer. iudic. cap.* 18. *pag. mihi,* 519. Melchior Phæbo, *decis.* 76.

19 El averse baptizado, y puesto de orden, y consentimiento de Don Iulio su padre el dicho Don Luis por su hijo, como consta de la fee de Baptismo presentada, vt ex text. *in cap. quæris, de consecr. dist.* 4. *cap. maiores. vbi gloss. de baptismo, & eius effectu.* Surd. *vbi supra, num.* 45.

Bar-

Barbos. *dict. vot.* 22. *num.* 17. Barbat. *de fideic.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 222. Balt. Thom. *vbi sup. num.* 360. Averle puesto à D. Iulio su hijo mayor su mismo nombre, y à los demàs hijos nombres adequados à los de su nacion, como Marco Antonio, Ioseph Hortensio, &c. *L. vxorem* 29. *ff. de man. test. L.* 9. *de liber. cau. L. cum filius*, *§. Pater de leg.* 2. Theodor. Opin. *de insig. & arm. iur. cap.* 21. *à num.* 837. Petr. Gerard. *sing.* 75. *à num.* 238. Carlebal. *de iudic. tit.* 2. *disp.* 3. *num.* 13.

20 El averlos tratado como à hijos, sustentandolos, y alimentandolos, dandolos à conocer por tales entre todos los Cavalleros de esta Ciudad, y con los parientes, como el Marquès de Campotexar, y otros que lo son de dicho Don Luis, y asi han sido estimados, tratados, y acõpañados, como es publico, y comun voz, y fama. Todo lo qual deponen los testigos referidos supra num. 14. Con que concurre asimismo la similitud en rostros, y semblante, vt per se patet; que son todas las circunstancias, adminiculos, indicios, y conjecturas, por donde se prueva la filiacion, de quibus latissimè agunt omnes DD. supra relati, ex quibus plures congerit Modernus amicus noster ingenij subtilitate, & doctrinæ eruditione conspicuus advocatus contrarius in hac lite D. Ferdinandus Alfons. del Aguila *in* 2. *part. cap.* 4. *add. sui avi Roxas à num.* 30. *cum seqq.* & minor, qua ratione motus contra ipsiusmet doctrinam impugnare intendit filiationem, & eius possessionem de Don Luis, quando por sus mismas razones, leyes, y fundamentos juridicos la tiene concluyentemente provada, no solo con reconocimiento expresso, sino con el tacito que el mismo Aguila dize que basta, *ibidem num.* 32. & præter cum late comprobat Zachias, *qq. medic. legal. lib.* 1. *tit.* 5. *quæst.* 4. & Rota coram illo *dict. decis.* 69. *per totam*, & *consil.* 60. *num.* 2. & 12. Anneo Robert. *lib.* 2. *rer. iudic. cap.* 17. vbi eruditè. Genoa, *de verb. enunciat. lib.* 2. *quæst.* 33. *à num.* 19. Agustin Barbos. *tom.* 6. *collect. ad cap. per tuas* 10. *de probationib. in prætermissis.* Montealegre *in praxi, lib.* 2. *cap.* 1. *§.* 44. *num.* 18.

C Sin

21 Sin que obste el dezir, que Doña Iuana Daza al tiempo de la comunicacion, y parto de Don Luis, era casada con Don Andres de Ribas, y el matrimonio estava constante; porque aunque se diò sentencia en tercera instancia, declarandolo por nulo, no se despachò la executoria, y como pleyto Eclesiastico necessitò de tres sentencias conformes, y todavia quedò pendiente el pleyto, y el matrimonio constante, y no huvo libertad, ni habilidad en Doña Iuana para que sus hijos, y de dicho Don Iulio pudiessen nacer naturales; y que assi las declaraciones de ambos, y reconocimiento no le pueden perjudicar à Don Iuã Baptista Lomelin, ex fundatis à Barbosa *in dict. cap. per tuas, num. 3. tom. 6. collect.*

22 Porque el supuesto de esta objeccion es incierto, & sic patet; que en los pleytos Eclesiasticos sean necessarias tres sentencias conformes, transeat, porque nihil ad rem. Que estando pendiente el pleyto, sobre la nulidad del matrimonio naciesse Don Luis, es falso; pues consta de los instrumentos presentados, que el año de 655. se declarò por nulo el matrimonio, y el año de 58. naciò, y se bautizò Don Luis; luego ya estava libre, y soltera Doña Iuana, y habil para poder contraer matrimonio con Don Iulio, pues passaron tres años de vn tiempo à otro. Que se sacasse, ò no executoria de dicha sentencia, tampoco es de el intento; pues en el caso referido de declararse por nulo el matrimonio en la tercera, y vltima instancia, no es necessaria mas executoria que el hecho, y declaracion referida, ni avia para que se sacasse, ni era menester, ni es necessario mas executoria que la cosa juzgada, y cumplimiẽto della; pues como consta de los autos, y està provado, la dicha Doña Iuana quedò libre, y tambien el dicho Dõ Andrès, que se ordenò de Clerigo, y passò à otro estado, como lo pudieron hazer: con que se reconoce quan sin fundamento se alega vna excepcion tan injusta contra vn hecho tan claro, y que no puede tener la menor controversia, ni dificultad.

Y mas

23 Y mas en materia de filiacion natural, y nulidad de matrimonio, que es tan favorable, quando ay sentencia que lo declara por nulo, que aunque de ella se apele, y el pleyto estè pendiente, si en el interin vno de los contrayentes se desposare, ò tuviere comunicacion con otra muger, de que naciere algun hijo, ò hijos, estos seràn naturales, y el segundo matrimonio serà valido, itaque expresse constituitur ab Vrbano III. *in cap. cum in Apostolica* 18. *de sponsal.* Et ibi Abbas, *num.* 3. Ruin. *cons.* 150. *nu.* 19. *lib.* 5. Bald. de Vvald. Perus. *cons.* 3. *inter cons. matrim. num.* 11. *tom.* 1. ibi: *His tamen, non obstantibus contrariũ dico scilicet secundum matrimoniũ valere, & prolẽ esse legitimam, & hoc ideo, quia fuit à primo separata per sententiam, &c.* Et num. 13. ibi: *Nec obstat pendentia litis, vel appellationis, quia illa non impedit matrimonium contra in cap. cum in apostolica de sponsal. cap. 2. de matrim. contract. contra interd. eccles. quaiura procedunt cum prima lis pendebat, & nulla sententia erat lata pro contrahente, & sic nullum habet colorem contrahendi, fortius enim procedunt in illo, qui iam habet vnam sententiam pro se, vt in casu nostro, &c.* Lanceloto, *de attentat.* 2. *part. cap.* 4. *lim.* 17. ibi: *Decimo septimo fallit in actu matrimonij secundi, qui si fiat lite pendente super validitate primi matrimonij valet non obstante litispendentia, quando scilicet primum matrimonium declaratur nullam.* Eidem repetit: *cap.* 20. *lim.* 18. & *part.* 3. *cap.* 4. *quæst.* 17.

24 Luego aunque huviera el pleyto pendiente sobre la nulidad del matrimonio, declarandose despues por nulo, ex nunc, & pro tunc desde su principio, como dize la sentencia, pudiera Doña Iuana aver en el interin dispuesto de su persona contrayendo esponsales de futuro con Dõ Iulio, y teniendo la communicacion para que della naciessen los hijos naturales, y no bastardos, atque ita resolvunt Agust. Barbos. *tom.* 3. *vot.* 114. *à num.* 6. cum seqq. Cardos. *in prax. verbo Sacramentum*, §. *de Sacramento matrim. num.* 36. Angel de Castr. *cons.* 30. *inter cons. matrim.*

num.

num.3.tom.1. Paul.de Castr. *conf.354. num.1.* Mozz. *de contract. tit. de matr. sub num.16.* Franc.Marc.*decis. delphinat.713.* Gutierr. *de matrim. quæst.12. num.8.* Sanch. *lib.7. disp. 2. num. 15.* Transmiera, *de Poligamia, lib.2. quæst.7.* Aug. Barbos. *in collect. tom. 6. in prætermissis ad cap.18. de sponsal. num.5.* ibi: *Et sic filij concepti, vel nati lite pendente ex ea cum qua secundum matrimonium, tunc contraxit, vel EX ALIA SOLVTA DICVNTVR NATVRALES, & non spurij, quia ex eventu deinde sequuto, & declaratione facta nullitatis matrimonij sequitur, illud non posse impedire quin valide aliud contrahatur, vt per text. in cap. 2. de eo qui dux in matrim. quam poll. per adulter. tenent Marc. Ant. Cucho, inst. maior. tit.22. num.84. Matienç. in rubric. tit.1. num.183. lib.5. Recop. Valer. Reginald. in prax. for. pœnit. lib.31. num.135. Sanchez de matrim. lib.7. disput.79. nu. 30. Mier. tom.1. quæst.51. num.385. Escobar, de puritat. quæst.4. §.7. num.66. & 72.*

25 Si esto es asi, con quanta mayor razon correràn dichas reglas, quando ya el pleyto estava fenecido, y executoriado por la vltima sentencia, y mucho despues contraxo las esponsales de futuro Doña Iuana, y tuvo la comunicacion con Don Iulio, y naciò Don Luis, y sus hermanos quando ya no tenia impedimento, ni embaraço para casarse, y que sus hijos naciessen naturales, y no bastardos. Y asi como naturales nacieron, y los reconocieron, y pudieron reconocer sus padres, y en esta possession han estado, y estan.

26 La qual solo, aunque huviera alguna duda, les bastava para obtener en este juizio; y fundandose Don Iuan Bautista en lo contrario, lo devia provar en vn juizio distinto deste sobre filiacion, porque en el estado que se halla de natural, ha de ser conservado, *l. circa 14. ff. de probat.* Cyn. *in l. non epistolis, num.3.* Et ibi Angel. *num.1. C. de probat.* Bartol. *in l. non nudis, C. eod.* Surd. *cons. 5. num.7. & 8. & cons.1. num.44. 46. & 60.* vbi suficientes con-

coniecturas tradit pro hac quasi possessione filiationis, & *cons.*571.*sub. num.* 28. Peregrin.*de fideicom.art.*43.*num.* 78. Mantic. *de coniect. lib.*11.*tit.*10. *num.* 32. Petra.*de fideicom. quæst.*11.*num.*511. Cyriac.*controvers.* 208.*tom.* 2.*à num.*11.*ad* 14. donde dize, que conforme à el estatuto de Verona, no se puede alegar, ni oponer excepcion, negando la filiacion, ò legitimidad contra aquel que està en possessión de vno, ù de otro. Y tiene en su favor la presumpcion legal, vt ita in terminis resolvunt Dom. Covarr. *de sponsal.*2.*part.cap.*8.§.3.*num.*1. Bald.*in cons.*448.*nu.* 4.*volum.*1. Cravet. *cons.* 166.*num.*1.& *cons.* 138. *num.* 1. Tell. Fernand. *in l.*11.*Taur. num.*3. P. Sanchez, *cons. moral, lib.*4.*cap.*3. *dub.*6.*num.*1. Gutierr. *practic. lib.*2. *quæst.*112.*num.*4. Et post eos Ioan Angel Bossio, *moral. variar.tom.*1.*part.*2.*tit.*1. *num.*1551.& *num.*1444. *Vbi in dubio iudicandam pro eo, quod est honorabilius filio, & favore legitimitatis, aut naturalitatis, & favore innocentis prolis,* & *num.*1405. ait sic: *Ac proinde si id fit solum legitimitatis favore multo magis fieri debere favore pudoris, honestatis, & famæ, & honoris, qui omnibus rebus præstantior, & pratiosior est, l. Iulianus, ff. si quis omiss. caus. testam.* Et eleganter comprobat Dom. Menchaca, *illustr.controvers.cap.*48.*num.*26. & 27. Et Hieronym. Basilico, *decis.crimin. decis.*22. *à num.*13.

27 Sin que las excepciones de ilegitimidad, que injustamente le opone Don Iuan Baptista su contrario, se puedan, ni devan admitir en este juizio possessorio, vt in terminis, ex *l.* 3.§. *caus. ff. de carbon.edict.* tenet Dom. Molin. *de primog. lib.*3.*cap.*13 *num.*24. & 37. Dom. Paz, *de tenuta, cap.*37. *num.*24. Cessar. Barç. *decis. Bonon.*46.*nu.* 28. Vicent. de Anna.*in cap. de vassall. decrepit ætat. num.* 432. Paul. Emil. *decis.*242. Giurb. *ad consuet. messan.cap.* 5.*gloss.*6.*num.*21. Ioan. Bapt. Thor. *incomp.decis. Neapolitan.* verbo, *Possessor feudi* Menoch. *cons.* 928. *num.* 14. cum alijs adductis ab Anton. Amat. *Resol.* 39. *num.* 87. Ponte, *decis.*40. Por requerir mayor conocimiento de cau-

ſa,& altiorem indaginẽ,vt DD.prædicti. Y aunque huviera mucha duda, ſolo con vn humo,con vn viſo de provança qualis qualis, de ſu filiacion; baſtavale à Don Luis para obtener en el juizio poſſeſſorio la poſſeſsion de los bienes de mayorazgo, como la del Carboniano Edicto, ex *dict.l.3.§.cauſa,ff.eodem.* ibi:

28 *Si Iudex abſolutam cauſam invenerit evidenterque probetur filium eſſe negare ei debet Prætor bonorum poſſeſsionem Carbonianam; ſi verò ambiguam cauſam, hoc eſt, vel modicum pro puero facientem, vt non videatur evidenter filius non eſſe, dabit ei iudex Carbonianam bonorum poſſeſsionem.* Eſto es,antes de tomar la poſſeſsion, que deſpues de tomada debe ſer amparado en ella en el juizio poſſeſſorio de todos los bienes del mayorazgo; y ſolo para el juizio de la propriedad ſe reſervaràn las excepciones del Actor,que con ellas pretende excluir la filiacion,vt ibi in individuo tenet doctiſsimus Dom.Molina, *de primogen.lib.3.cap.13.num.37.*ibi: *Ex quo infertur quod ſi filius ſit in poſſeſsione bonorum maioratus materni, vel alterius tranſverſalis, & alius eorum poſſeſsionem petat prætendens illum eſſe illegitimum, ſi filius in poſſeſsione exiſtens, interim bonorum poſſeſsione fruetur,& in poſſeſsione remanet, ſicut in Carboniano.* Et idem repetit, *num.*38.Y en la poſſeſsion de ſu filiacion,y eſtado,tambien ha de ſer manutenido, vt probat Maſcard. *concluſ.*799. *num.*28.Peregrin. *de fideicom.art.*43.*num.*66.Poſthio,*de manutenend.obſerv.*10.*num.*60.

29 Mayormente, ſeñor, quando la excepcion de ilegitimidad, ò baſtardia que opone la parte contraria, es calumnioſa,y ſolo por injuriar contra el hecho de la verdad, que es notorio, y no le puede aprovechar para ſu defenſa, y juſticia; porque ſi ſe funda en que Don Luis, por hijo natural,eſtà excluido de la ſuceſsion de eſte Mayorazgo, ex doctrina Dom. Molina, & Caſtillo: ad quid eſt, ò para que el oponerle vna injuria à Don Luis, y à ſu madre, como la baſtardia falſamente, y contra la verdad, que eſtà

juſti-

justificada? En que se conoce la desconfiança que tiene de su justicia, y quan mal pleyto es el que ha intentado, vt notat Aug. Barbos. *in cap. causam, quæ num.* 8. *qui fil. sint leg.* ibi: *Præsumitur enim fovere malam causam opponens alteri parentes ipsius defunctos legitimos non fuisse.*

30 No contentandose con venir desde Genova à moverle vn pleyto de la sucesion del mayorazgo que gozò su hermano, que posseyò su padre, que fue primer llamado en èl, y que adquiriò la mayor parte de los bienes con su trabajo, y aplicacion, como està provado, para que sus hijos, à quien tanto quiso, lo gozassen (vt infra fundabitur) sino tambien à disfamarlo, ò infamarlo, solum ratione turpis quæstus ad calumniandum impulsus, vt simili ait Doctissimus Ann. Robert. *lib.* 2. *rer. iudic. cap.* 18. *pag.* 529. quod iura abhorent, vt inquit etiam Faria ad Covarr. *lib.* 1. *var. cap.* 19. *num.* 23.

31 Por lo qual deve ser despreciada la excepcion maliciosa de ilegitimidad, vt probatur *in cap. significante qui matr. accausar. possunt.* Et ibi Aug. Barbos. *in collect.* Ex ratione eiusdem textus, nam malitijs hominum non est via apperienda, vt late comprobat Velasco, *de privileg. pauper.* 1. *part. quæst.* 39. *num.* 2. Cessar. Argel. *de legit. contradict. quæst.* 13. neque illis indulgendum, sed occurrendum, vt eleganter exornat Escobar, *de ratiocin. cap.* 15. *num.* 3. Y por ello, ni Don Luis puede passar en silencio el agravio, y ofensa que à èl, y a sus hermanos, y à su madre se le haze con la falsa impostura, y calumniosa injuria, ni dexar de pedir la condigna satisfacion; por que como dixo Aristoteles *lib.* 4. *ethicor.* ibi: *Quin etiam contumelias, & convitia æquo animo ferre servile est.* Ysocrates, *in orat. contra lochit. maledicta, qui non vindicat veterem remittendo iniuriam novam provocat.*

32 Es gravissima, y atròz la injuria que se haze por escrito, imponiendo vn falso crimen al litigante, ò à sus padres, y digno de mayor pena, quanto se reconoce que es falso, y se opone, como aqui, no mas de por injuriar:

Et

Et ita tenet Dom. Covarrub. *lib.* 1. *var. cap.* 11. *num.* 7. *vers. Tertium ex his*, Plaza, *de delict. cap.* 1. *sub. num.* 4. Gutierr. *in prax. crimin. quæst.* 133. *num.* 29. *& quæst.* 141. *num.* 28 Cevall. *quæst.* 323. Dom. Salçed. in add. ad Bernard. Diaz, reg. 784. Farin. *quæst.* 105. *num.* 239. Faria, in add. ad Covarr. *vbi sup. num.* 54. ibi: *Imo acerbius est plectendus exprobrãs crimen iniuriandi animo in iuditio, quam si extra illud obijceret. Thusc. litter. I. conclus.* 153. *num.* 3. *Ancharran. cons.* 325. *num.* 3. *nam atrox iniuria censetur, quæ coram Prætore fit, l. Prætor* 72. *§. fin. ff. de iniur.* Gratian. *tom.* 1. *cap.* 81. *à num.* 5. Y assi no es justo que se quede sin castigo. Anneo Robert. *lib.* 4. *rer. iudic. cap.* 12. ibi: *Neque enim magistratus ferre debet, bonorum famam convicijs lædi, l. item apud labeonem, §.* 2. *ff. de iniur.*

33 Ni Don Luis puede escusarse à la quexa tan justa de su agravio, tolerando con paciencia la injuria: *Etenim, qui conscientiæ confidens famæ maledicta negligit crudelis est*, vt Div. Augin. *in cap. nolo* 12. *quæst.* 2. Et vt inquit Tertulian. *in lib. advers.* Marcian. *disciplinæ publicæ interest iniuriam vindicari, metu enim vltionis omnis iniquitas refrænatur.* Latè exornant Escobar, *de puritat. in proæm. §.* 8. *num.* 2. Guzman, *veritat. iur. veritat.* 27. *num.* 18. *in fin.* Hector Capicio Latro, *decis.* 75. *nu.* 12. D. Francisc. Merlin, *controvers. Forens.* 66. *à num.* 2. *centur.* 1. Y assi Don Luis espera, que siendo castigado su contrario, quede ilesso su punto, y estimacion, como hasta ahora lo ha tenido antes, y despues que muriera su padre Don Iulio, de quien no admite duda que es hijo, y de Doña Iuana Daza, habido con los demàs sub spe futuri matrimonij. Y siendo ambos solteros, y libres para poderlo contraer, como està provado, assi con los testigos, como con los reconocimientos de el padre, y de la madre.

ARTICVLVS SECVNDVS.

34 Antes de proponer los fundamentos juridicos

cos, que se han de tratar en èl, serà precisso referir las claususulas de la fundacion de el mayorazgo de Hortensio Gavi, en que se fundan las partes, cada vna para su admission, y exclusion de el otro. Por el año passado de 646. el dicho Hortensio Gavi otorgò su testamento en la Villa de Salobreña, de donde era vezino, y Alferez mayor: y por dos clausulas funda dos mayorazgos. Vno, en Genova; y otro, en España de los bienes que en ambas partes tenia. La de la fundacion en Genova, que es la primera, dize:

CLAVSVLA.

35 *MAndo, quiero, y es mi voluntad, que si Dios Nuestro Señor fuere servido de llevarme de esta enfermedad, ò en otro tiempo sin poder inovar de testamento, que Don Lorenço Gavi mi sobrino, suceda, aya, y lleve en la mejor forma que aya lugar de derecho, las casas principales, y toda la hazienda que tengo, y posseo en la Ciudad de Genova, miẽtras viviere: y despues de sus dias suceda en la dicha hazienda sus hijos del dicho Don Lorenço legitimos si los tuviere, y à falta sucedan sus hermanos, prefiriendo el mayor al menor: y por su falta, los hijos de los susodichos, siendo siempre preferido el mayor. Y por esta orden han de ir sucediendo para siempre. Y en faltando, suceda en toda la dicha hazienda mi sobrina, muger de el Doctor Lomelin, vezino de Genova, y sus hijos. Y despues de los dichos hermanos del dicho D. Lorenço Gavi, y de la dicha su hermana, quiero que suceda en la dicha herencia las demàs hermanas del susodicho, y mis sobrinas, y sus hijos, como và declarado en la linea de los demàs llamados.* Y despues de todos haze otros llamamientos, y substituciones, como son, à Constantino Rizo, los hijos de Octavia; y de los señores de Passàn, y despues los de Iuan Andrea Badiano; y à falta de todos dispone que se funde vna obra pia para los pobres à disposicion del Arçobispo de Genova. Y pone gravamen

E de

de vinculo, y prohibicion de enagenacion en la forma regular de mayorazgo.

SEGVNDA CLAVSVLA DEL MAYORAZGO de Salobreña.

36 *Y En el remaniente que quedare, y fincare de todos mis bienes muebles, y raizes, y otros que en qualquier manera me puedan pertenecer por qualquier causa, y razon que sea, dexo por mi heredero universal à Don Iulio Gavi mi sobrino, el qual quiero que todos ellos los aya, y herede, que de presente al susodicho lo tengo en mi casa, y se los mando, con tal calidad, y condicion, que los ingenios de esta Villa de Salobreña, casas, y aparador, y todo lo demàs que està en el sitio de ellos, que se reconoce ser mio, y las tierras de zoca de cañas que tengo en el termino de esta Villa, y en el de Lobres, todo ello ha de estar vinculado, para que el dicho Don Iulio lo goze, y sus hijos legitimos, si los tuviere; y à falta del susodicho, y de ellos, han de suceder sus hermanos; y à falta sus hijos, y despues sus hermanas, y hijos, prefiriendo siempre el varon à la hembra, y el mayor al menor: y faltando todo lo referido, y declarado, han de ir sucediẽdo en los dichos bienes los llamados en la clausula, y vinculo que se contiene en este mi testamento, que habla en favor de Don Lorenço Gavi mi sobrino, y aquella orden, y forma de sucession se ha de guardar, y cumplir en esta, sin innovar, ni alterar cosa ninguna; porque assi quiero se guarde, y cumpla: porque mi voluntad es, que los dichos bienes no se han de poder vender, ni parte dellos, ni gravar, ni cargar. Y esso, ni otra hipoteca, ni empeño, porque siempre han de estar vinculados, como queda dicho; y si lo intentare el dicho Don Iulio, ò otro sucessor, los excluyo, y aparto de este vinculo, y mando suceda el otro llamado. Y esto se ha de guardar, y cumplir siempre que suceda lo referido, segun lo dexo ordenado en la dicha clausula de el dicho Don Lorenço.*

Dos

37 Dos mayorazgos dexò fundados Hortensio Gavi. Vno en Genova, y otro en Salobreña. Dos sobrinos tratò de acomodar en cada vno: en dos distintas lineas hizo la fundacion del vno, y del otro: division de entrambos fue su voluntad el hazer; vnion, y junta de los dos parece que prohibiò: solo en caso de faltar descendencia de los llamados al segundo, la permitiò al primero: voluntad, y afecto mostrò à Don Lorenço para que sucediesse en el mayorazgo de Genova, y su linea: predilecion, y cariño mayor à Don Iulio, hermano menor de el Don Lorenço, pues lo instituyò por su vniversal heredero, fundando en su cabeça mayorazgo de todos sus bienes, que tenia en dicha Villa de Salobreña, en que entra el oficio de Alferez mayor de ella; y llamò despues à èl, y à sus hijos legitimos, si los tuviesse, y à falta de ellos substituyò à los llamados en el primer mayorazgo, que son las palabras que han motivado este pleyto, y hecho venir sus vozes desde Genova à Don Iuan Boptista Lomelin, pareciendole que ellas le dàn llamamiento, y caso verificado de la substitucion por el defecto de los hijos legitimos de Don Iulio Gavi. Y antes de darle à entender su error es necessario suponer, que las vozes, y palabras del testamento, y disposicion, se entienden, y deben entender como suenan en su sentido literal, sin passar à otra inteligencia, si no consta liquidamente de voluntad clara, y expressa contraria à las palabras. Elegans text. in *L. 6. tit. 33. part. 7.* ibi: *Las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente assi como ellas suenan, y no se debe apartar el Iuzgador del entendimiento de ellas, fueras ende quando pareciere ciertamente que la voluntad fuera otra; que son las palabras de como estan escritas, l. non aliter 69. ff. de legat. 3.* ibi: *Non aliter à significatione verborum recedi opportet quam cum manifestum est aliud sensisset testatorem. l. labeo. ff. de supelect. legat.* Baldo, *in l. de quibus. ff. de legibus.* Surd. *decis.* 276. *L. ille aut ille. §. cum in verbis. ff. de legat. 3.* ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.*

Lla-

38 Llamò en primero lugar à Don Iulio Gavi, y despues à sus hijos legitimos si los tuviesse; tuvo por sus hijos legitimos à Don Iulio, vltimo posseedor, à Don Luis, que oy litiga, y los demàs que declarò, y reconociò: luego estando llamados expressamente, y aviendose verificado la condicion, cessò el caso de la substitucion, y tercero llamamiento, porque pretende entrar Don Iuan Baptista: luego si las palabras de la disposicion del Fundador conviene͂, y se aplican à las personas de Don Iulio, y Don Luis, debe convenir, y verificarse su disposicion, *l. prospexit, ff. qui, & à quibus, l. 4. §. toties, ff. de damn. infect.* cum pluribus Tiraquel. *in l. si vnquam.* verb. *Libertis, C. de rè voc. donat.* La mayor es cierta, y consta de la fundacion, y sus palabras.

39 La menor, en que consiste toda la dificultad, se prueva de que siendo Don Luis legitimado por la ley del fuero referida supra num. 16. y *ley* 11. *de Toro*, se ha de reputar, y tener como si verdaderamente fuera nacido de legitimo matrimonio, porque quando el padre declara por su testamento, ò ante Escrivano, y testigos (como aqui lo hizo Don Iulio) que vno es su hijo, ò hija, si no tiene otros legitimos de matrimonio, ni es casado, el tal hijo declarado, y reconocido, se reputa por legitimo, como si lo fuesse de matrimonio, assi para heredar à sus padres, como à otros parientes; y esta legitimacion legal se causa por solo la voluntad de el padre, y autoridad de la ley, y sin aprovacion del Principe, text. est formal., & express. *in l. 7. tit. 15. part. 4.* ibi: *Instrumento, ò carta faciendo algun ome por su mano misma, ò mandandola facer à alguno de lòs Escrivanos Publicos, que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga, que algun fijo que ha, nombrandolo señaladamente que lo conoce por su fijo, es esta otra manera en que se facen los fijos naturales legitimos, authent. vt liceat matri, & aviæ, §. at hoc autem, collat. 8. authent. si quis, C. de natur. liber.* Dom. Covarrub. *in 4. 2. part. cap. 8. §. 7.* Alciat. *reg. 2. præs. 5. num. 6.* Lud. de Sard.

Sard. *in tract. de natur. liber. cap. de legitim. per patr. nomin.* Dueñas, *regul.* 248. *à num.* 1. Dom. Gregor. Lopez, *in dict. l.* 7. verb. *Su hijo*, donde nota, que esta declaracion es muy considerable, por que no solo es declararlo por hijo, sino habilitarlo, y legitimarlo, y no hecha para otro fin, sino para este, principaliter, & propter se, vt notat Bart. *in dict. Authent. vt liceat, §. & hac, & in l. quod senatus, ff. de lib. agnosc.* Paul. de Castro, *cons.* 499. *volum.* 2. Alexand. Trentacinq. *lib.* 1. *variar. tit. de legitimat. resol.* 1. *num.* 1. Robert. *rerum iudic. cap.* 17. *pag.* 513.

40 Y para que tenga cumplido efecto la dicha legitimacion la ley, no requiere otra cosa, sino que el hijo natural sea avido entre solteros, y habiles para cõtraer matrimonio al tiempo de la concepcion, ò nacimiento, q̃ lo reconozca por su hijo, *l.* 11. *Taur. l.* 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recopilat.* Y que sean tales, que entre los dos se pudiera contraer sin impedimento alguno, vt patet, *in dict. Authent. vt liceat matri, & avia*, ibi: *Vt si quis filium, aut filiam habens de libera muliere cum qua nuptia consistere possunt*; y estando justificado con los instrumentos, y testigos, que D. Iuana Daza, y Don Iulio eran personas libres, y habiles para contraerlo, y que baxo de palabra de casamiento, y esponsales de futuro, huvo à los dichos sus hijos, para la legitimacion se cumpliò en todo con los requisitos de la ley.

41 Sin que obste el dezir, que esta añade la circunstancia, de que el padre no declare al hijo por natural, como aqui lo declarò; y que estando ya la madre muerta por el año de setenta y ocho, quando reconociò à D. Luis, y sus hermanos el padre, cessò el efecto de la legitimacion por subsequente matrimonio, en cumplimiento de la promessa que le avia hecho; vt opinantur DD. relati à Dom. Covarr. vbi supra *num.* 1. *in fine*; por que el declararlos por hijos naturales Don Iulio, no fue por que su animo fuesse que quedassen por tales, que es el fundamento de la ley, sino por que al tiempo que nacieron lo eran, por no averse casado con su madre, ni averlos antes reconocido

expressamente; y por la misma razon, que era impossible el legitimarlos por subsequente matrimonio, siendo muerta la madre, los llamò naturales, idest, nacidos absque matrimonio de præsenti cum solemnitatibus ab Ecclesia, & Sacro Tridentino Concilio requisitis; pero realmente en la forma que pudo, y que disponen las leyes los legitimò, y declarò *por sus hijos legitimos, à lege, & ab jure legitimatis.*

42 Y que este fue, y seria su animo, se reconoce de su confession, en que declara la obligacion, esponsales de futuro, y promessa de matrimonio; y que si viviera, se la cumpliera, retrotrayendose el efecto de la legitimacion al tiempo de la promessa, casandose con ella, y haziendo los legitimos de matrimonio, por el capitulo: *Tanta, qui filij sint legit.* y *l.*1.*tit.* 13. *part.*4. porque de otra manera no pudiera legitimarlos, *vt ex glossa in* verb. *Permitimus, per text.* ibi: *In Authent. quib. mod. natur. efficiant. legit. §. sit igitur licentia collat.*6. Bald. *in cap. illud de præsumpt. num.*3. Dom. Covarrub. *in* 4. 1. *part. cap.*8. *§.* 9. *num.*5. Acost. *l. Gallus, §. & qui si tantum, num.*96. *de lib. & post.* Dom. Gregor. *in l.*4. *tit.*15. *part.*4. verb. *de Barraganas,* Tello Fernandez, *in l.*12. *Tauri, num.*7. Dom. Molin. *de primog. lib.*3. *cap.*3. *num.*39. Fussar. *de substit. quæst.*408. *num.*134. Amatis, *cons.*1. *num.*26. Dom. Castill. *tom.*5. *cap.* 106. *num.* 42.

43 De que se infiere, que la legitimacion de Dō Luis se causò solo con la declaracion, y reconocimiento de su padre, con las circunstancias que referirè en èl, y disponen las leyes, sin otro acto alguno despues de muerta la madre; porque si viviera, y no se huviera casado con ella, no fueran los hijos legitimos, aunque los declarara, si no solo naturales, por que no avia otro medio; vt eleganter notat Dom. Molin. vbi supra. Y aviendo muerto, y despues declarado que huvo por hijos naturales à los susodichos, y reconocidolos por sus hijos, fue esta clara, y expressa legitimacion en tiempo, y forma, como previene la dicha *l.*7. *tit.*15. *part.*4. Y assi quedaron legitimos, tam ex volun-

luntate patris, quam ex legis dispositione, atque ita iura iuribus conciliantur.

44 Siendo esto asi, y que el Fundador llamò expressamente *à los hijos legitimos de Don Iulio, si los tuviesse*; y no declarò que huviessen de ser nacidos de legitimo matrimonio: y que no los tuvo legitimos de otra forma, sino à lege, & à iure legitimatis, se prueva con evidencia, que tienen llamamiento expresso, y literal. Y que la intencion, y mente del Fundado fue llamarlos, y admitirlos, verificandose en ellos la condicion *de si tuviere hijos legitimos*.

45 Y aunque se oponga por la contarria, que la palabra *legitimos*, se entiende de los nacidos de legitimo matrimonio, y no de los legitimados, à Iure, vel à Principe; y que aunque Don Luis, y sus hermanos estàn reconocidos, y declarados por su padre, les falta el rescripto, y legitimacion del Principe, que legitimandolos, avia de ser para la sucesion de este mayorazgo, por estar substituido en èl Don Iuan Baptista a falta de los hijos legitimos de Don Iulio; estas objecciones para el caso de este pleyto son de ningun fundamento, y se desvanecen, ex sequentibus.

46 Tum, por que el Fundador no llamò hijos de legitimo matrimonio nacidos, que era precisso para que se excluyessen los legitimados à Iure, vel ab homine, vt notat Bald. *in l. Gallus, §. si eius de lib. & posthum. & in cap. 1. §. naturales, si de feudo fuerit controversia, cum pluribus congestis, à Tiberio Decian. cons. 88. à num.* 11. *Dom. Molin. de Primog. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 31. Fussar. *de substit. quæst.* 408. *num.* 71. Cyriac. *controv.* 208. *num.* 106. Monte-alegre, *in pract. lib.* 2. *cap.* 1. *§.* 4. *num.* 30. *&* 31. Cardin. Mantic. *de coniectur. vlt. voluntat. lib.* 11. *tit.* 10. *num.* 73.

47 Tum, por que aviendo vsado de la palabra hijos legitimos, y conviniendo su proprio significado literal, y grammatico à los legitimos alio modo quam per matrimonium; de estos aunque huviera alguna duda, se debe

be entender, è interpretar, que sintiò el Fundador, y los llamò, y quiso llamar, vt probatur *in dict. l. non aliter 69. ff. de legat. 3.* Phebo, *decis. 67. num. 17.* Thusc. *tom. 8. litt. V. conclus.* 91. Giurb. *ad consuet. Mesan. cap. 5. gloss. 6. num. 4. & cap. 6. gloss. 5. num. 2.* Statil. Pacific. *de salv. interd. inspect. 3. cap. 1. num. 6. l. 1. §. sed si is qui, vers. in rè igitur, ff. de exerc. action. l. quid quid astringendi 99. ff. de verb. oblig.* Gratian. *discept. 43. num. 12.* Velasc. *de privil. pauper. 1. part. quaest. 1. num. 11. & 12.* aunque sea en materias odiosas, Mantica, *de coniectur. lib. 8. tit. 18. num. 35.* Bart. *in l. quia tale, num. 37 ff. solut. matrim.* Rota per Farin. *decis. 352. num. 1. part. 1.* vbi expresse resolvit *nulla in materia quantumvis odiosa à proprietate verborum recedi posse, sed latam fieri debere interpretationem quatenus eorum proprietas patitur, & ab eis non sit recedendum quantum vis rigida sit dispositio*, vt etiam notat Iuan Anton. Mangil, *de imput. quaest. 42. num. 40. & 44.*

48 No nos hallamos en terminos tan rigorosos; pues vemos que el testador, simpliciter, solo llamò *hijos legitimos* al principio, y despues en todo el tenor de la clausula, y repeticion de los llamamientos, solo vsò de la palabra *hijos*, la qual es generica, y comprehende omnium filiorum genus, vt infra fundabitur; luego el llamamiento que hizo al principio, de hijos legitimos, se entiende, y debe entẽder *de los legitimos à lege* en la forma referida, y no de los nacidos de matrimonio legitimo, para hazer faltar la condicion *sine liberis*; luego tienen el llamamiento literal, y expresso, segun las palabras, y mente del Fundador.

49 A la segunda objeccion de que no estàn legitimados por rescripto del Principe, se responde con facilidad, que ay dos modos de legitimacion. La vna, quando el padre lo reconoce, y declara en la forma referida en dichas leyes de Partida, y el fuero supra num. 36. allegatas, que es la que hizo Don Iulio, y esta no requiere hecho cedula, ni rescripto del Principe para su validacion; porque ipso iure asque Principis facto causatur, vt in dictis *ll. & Authent. pater.*

La

50 La otra, quando el padre que no tiene hijos de matrimonio instituye por su testamento à su hijo natural por heredero, que por este hecho queda legitimado, y legitimo para todas las cosas de honra, y sucession que tenia su padre. *Authent. quibus modis nat. efficiant sui, §. illud tamen*, vers. *Si vero his Authent. item sine, C. de natur. liber. l. 6. tit. 15. part. 4.* D. Covarrub. *in 2. part. cap. 8. §. 9. num. 7. & melius, num. 8.* vers. *Porro.* Y aunque dicha ley de Partida dispone que el Rey aya de confirmar esta legitimacion por su rescripto; demàs de que no nos hallamos en essos terminos, sino en los de la primera de la dicha *ley 7.* en que no es necessaria esta confirmacion; esta, aunque fuera menester, no dà nuevo derecho, pues la substancia de ella ya se consumò por el hecho, y voluntad del padre, à quien la ley dà potestad para ello, & confirmatio in forma communi, nihil præstat. *C. quia diversitatem de concessione prabend. c. 1. de confirm. vtil. vel inutil.* in terminis post Gregor. Lop. D. Molin. *lib. 2. cap. 7. num.* 38. ibi: *In qua specie actus ex legis dispositione, ex parte patris perfectus est, neque aliud in vita eius requirit dict. l. 6. tit. 15. part. 4.*

51 Luego no fue necessario que Don Iulio impetrasse cedula, ni rescripto de su Magestad para legitimar à Don Luis, y demas hijos, porque ellos quedaron legitimos con solo el reconocimiento de su padre; y que aunque Don Iuan Baptista estè substituido, luego que el padre los reconociò, y con este reconocimiento quedaron legitimos por la ley, excluyeron al substituto, haziendo faltar la condicion, y que cessasse el caso de la substitucion, porque las dichas leyes no tuvieron consideracion ninguna al perjuicio que à los parientes transversales substituidos se pudiera seguir de esta legitimacion, sino solo miraron, y atendieron al que se pudiera causar à los hijos legitimos de matrimonio, faltando los quales quisieron, y mandaron que el hijo natural por el medio referido quedasse legitimo para suceder à su padre, y demàs sus parientes ab intestato, vt

 pro-

probatur *in dict. l. 7. tit. 15. part. 4.* & individuo curiose notat Dom. Sarmient. *lib. 1. selectar. cap. 3. num. 4. cum seq.*

52 Ex quo evidenter infertur, que aunque Don Iuan Baptista estè substituido despues de los hijos legitimos de Don Iulio primer llamado, como esta qualidad se verificò, aviendolos tenido, y reconocido, cessò el caso de la substitucion, y el reconocimiento, y legitimacion legal, obrò efecto cumplido para el llamamiento expresso, y literal de legitimos en perjuizio, y exclusion de dicho substituido, que es transversal, cuyo efecto no obrara, si Don Iulio huviera tenido hijos de matrimonio nacidos, que en competencia de estos no pudieran entrar à suceder los naturales legitimados; pero no aviendolos, aunque aya transversal substituido, han, y deben suceder conforme à la voluntad del Fundador, vt in terminis probat D. Gregor. Lop. *in dict. l. 6. tit. 15. part. 4.* verb. *Otorgar*; & esse verissimam doctrinam in terminis resolvit Alvarad. *de coniectur. ment. defunct. cap. 3. num. 76.* ibi: *Ex qua lege infer, quod si in instrumento maioratus caveretur, vt maioria non nisi filio legitimo relinqui possit, vel quod in ea non succedat, nisi legitimus filius, quod si Pater filium naturalem instituat debet succedere in maioria, cum ex hoc legitimus efficiatur. Et ego verò de hac decissione non dubito, nam hac filij nominatio legitimationis vim obtinet, atque ex illa filius legitimus efficitur, ex Authent. vt liceat matri, & aviæ, &c.*

53 Nigro Cyriac. *tom. 2. controv. 208. num. 48* ibi: *Et ob id quando testator vocat legitimos, & naturales, vel eos ponit in conditione ad exclusionem substituti dicitur etiam comprehendere simpliciter legitimatos, & tunc succedunt in fideicommisso, vel respectivè excludunt substitutum ex dispositione, & voluntate ipsius testatoris.* Et refert plurimos DD. Menoch. *cons. 226. à num. 20. & lib. 4. præsumpt. 79. num. 1. & 2.* Peregrin. *de fidec. artic. 23. num. 39. & 46.* Lup. *de illegit. comment. 3. §. 2. num. 3.* Y en el *num. 49.* dize el mismo Cyriaco: Que conforme à

la

la voluntad del Fundador que llamò à los legitimos, se haze esta legitimacion, sin que se atienda al perjuizio de el substituido que està llamado en defecto de legitimos; porque no se le quita nada de su llamamiento, si no se declara, y habilita à aquellos que llamò antes, scilicet, los legitimos, ibi:

54 *Et quod legitimatio hoc casu dicatur fieri de mente, & voluntate testatoris, vbi eius dispositio loquitur de legitimis, & naturalibus, explicite tradunt, Aret. in L. ex facto. sub num. 12. ff. de vulg. versic. Sed huic rationi respondetur.* ibi: *Et hoc ex voluntate testatoris, vbi inquit, quod testator censetur excludere illegitimos si durarent tales, & si legitimarentur illos admittere ex tacita voluntate, Socin. in L. Gallus, 29 §. si eius colum. penult. vers. vnde post melius responderi*, ibi: *Et sic praiuditium causatur ex tacita dispositione testatoris, qui disponere poterat, & quia hoc fit ex mente tacita ipsius, & ibi Ruinus, num. 64.* ibi: *Ex quo legitimatus comprehenditur sub verbis testatoris, & in §. equid si tantum, num. 198.* ibi: *Et isto casu cum testator de istis senserit. Consensisse videtur, vt legitimentur. Menoch. cons. 20. sub num. 30.* ibi: *Vt sub ea substitutione comprehensi à testatore dicantur, ea est ratio, quia non videtur hoc casu derogari voluntatem testatoris, qui creditur vocasse omnes, qui legis dispositione legis dispositione legitimè sibi succedere possunt, inter quos illegitimi nati deinde legitimati connumerantur. Et lib. 4. præsumpt. 79. num. 2.* ibi: *Et hic quidem legitimatus excludit substitutum ex voluntate ipsius testatoris, nam legitimatio ipsa censetur facta ex voluntate testatoris, qui vocabit legitimos ex quo sub illo nomine legitimorum continentur legitimati.*

55 Idem tenent Ioan. Lup. *de illegit. & natal restituend. comment. 3. §. 2. num. 3.* ibi: *Sed eius est hæc potissima ratio, quia dicitur à Principe fieri legitimatio de voluntate testatoris tacita, & præsumpta, quando quidem vocabit legitimos quorum appellatione comprehenduntur*

le-

legitimati, & quod sic fieri dicatur legitimatio de tacita testatoris voluntate, tamen dicitur expressa, quoad legis dispositionem. Rota per Farinat. *in novissim. decis.* 412. *num.* 1. ibi: *Legitimationes enim, quæ fiunt secundum voluntatem testatoris, non præiudicant vocatis in testamento, quia tunc non est legitimatio, quæ tollit successionem, sed voluntas testatoris, vt bene per Aretinum, in L. ex facto, num.* 12. *ff. de vulgar. Paulo de Castro, cons.* 461. *num.* 4. *& cons.* 3. *num.* 1. *lib.* 1. *Socin. cons.* 226. *num.* 7. *lib.* 2. *Iasso. in L. Gallus, §. & quid si tantum, num.* 140. *de lib. & posthum. Laderch. cons.* 23. *num.* 22. *Intrigliol. de substit. cent.* 3. *quæst.* 85. *num.* 4.

56 Sin que obste contra principios, y doctrinas tan ciertas la opinion del señor D. Luis de Molina, y sus Add. *lib.* 3. *cap.* 3. *à num.* 3. Fussar. *en la quest.* 408. *àn.* 16. Roxas, *de imcompat.* 1. *part. cap.* 6. *à num.* 70. y su Add. Aguila, que junta otros, y del señor Don Iuan del Castillo, *tom.* 5. *cap.* 106. *à num.* 4. que despues de aver honrado, y favorecido tanto à los hijos naturales legitimados, diziendo con infinitos AA. que: *Tamquam legitimi ad omnes honores, & successionem patronatus, fideicommissi, hæreditatis, maioratuum, & aliarum rerum, tamquam ex legitimo matrimonio natis in defectum legitimorum, & exclusionem transversalium substitutorum* admittuntur contrariam opinionem sequuntur, scilicet, *que los naturales legitimados, no suceden, ni pueden suceder en los Mayorazgos de España, en competencia de los substitutos transversales, por no ser de domo, familia, genere, & nobilitate parentum*; y otras razones, à que responderemos en el tercer articulo, convenciendolas; por que como los mismos confiessan, y limitan su regla, en caso de aver voluntad expressa de el Fundador de llamarlos à la sucesion del mayorazgo, que entonces deben suceder en èl.

57 De cuyo caso, y limitacion valiendonos, es sin controversia, que aqui tienen llamamiento, y voluntad expressa de el Fundador, y deben suceder en el mayo-

raz-

razgo de Salobreña Don Luis, y sus hermanos. Lo primero, porque como dexamos fundado, Hortensio Gavi llamò expressamente à los *hijos legitimos de D. Iulio Gavi, si los tuviesse*; tuvolos legitimos à lege, & à iure legitimados: luego se cumpliò la voluntad, y mente de el Testador para que sucediessen, excluyendo al substituto, ita resolvit in terminis Roland. à Valle, *conf.83. colum. penult. lib.3.* vbi triginta AA. refert. conclusionem tenentes, & præter illos resolvunt Decian. *conf.42. lib.1.* Cota, *in memorab.* verb. *legitimatus*, Nata, *conf.368. lib.2.* Craveta, *conf.958. num.45.* Bursato, *conf.1. num.8. & conf.18. num.6.* D. Covarr. *lib.3. variar. cap.6. nu.7.* vers. *Ea quidem*, P. Molin. *de iust. & iur. disp.174.* D. Solorçan. *tom.2. de Indiar. gubern. lib.2. cap.17. sub num.38.* Gutierr. *practic. lib.4. cap.23.* Garc. *de nobilit. gloss.21. n.2. & 4.* latissimè Menochio, *conf.1908. volum. 11.* Surd. *conf. 1. num.98.* Montealegr. *in praxi, lib.2. cap.1. §.4. à num.25.*

58 Esta voluntad se prueba de la presumpcion legal, con cuya disposicion se entiende quiso conformarse el testador: ella admite, y tiene por legitimos à los legitimados; luego se infiere que la voluntad expressa del Fundador fue llamarlos, ita argumentatur, & resolvit in terminis Menoch. *conf.459. vol.5. à num.4. & 8.* ibi: *Quod autem admittatur probatio, imò præsumptio contraria ad demonstrandum testatorem sub his verbis filijs legitimis comprehendere legitimatos, affirmant DD. in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebel. quos refert Mantic. lib. 11. de coniect. tit.10. num.22. Hoc quidem caret probabili dubitatione: si ergo hæc est, vt verè est præsumptio, quam lex facit, necesse est dicere hanc esse voluntatem, & dispositionē testatoris, & comprobatur egregia traditione in his terminis Barthol. in dict. l. ex facto, in 2. opposit. Cum dixit, quod quando lex aliquid sub intelligit in dispositione hominis, id facit, quia præsumit hominem, ita voluisse Angel. in dict. l. Socin. Sen. conf.182. col.1. lib. 2. Decius, in l. generaliter, §. cū autem, C. de inst. & subst. & loquitur Bart.*

 Quod

Quod ſub nomine filiorum continentur naturales. Cum ergò in caſu noſtro lex ſubintelligat ſub illis verbis ſine filijs contineri, etiam legitimimatos ſequitur dicendum teſtatorem, ita voluiſſe. Et hæc quidem teſtatoris voluntas dicitur expreſſa, quandoquidem expreſſum illud eſſe dicitur, quod ex præſumptionibus colligitur, Bart. in l. Prætor at, in princ. de noui oper. nunciat. Iaſſ. in l. licet Imperator, in. 5. & 8. ff. deleg. 1. Angel. in §. ſi verò expreſsim, in Authen. de hæred. & falcid. Vbi quod ſi lex mandat, aliquid fieri expreſsè, tunc ſatisfieri expreſse dicitur, quod conſtat ex coniecturis fuiſſe factum. Bald. in conſ. 3. vol. 5. Qui reſpondit expreſſum dici, quod coniectura deprehendit, & in litem, quia, ff. de pact. docuit expreſſum, id dici, quod ex ſignis colligitur, & prædicti DD. loquuntur, tam de præſumptione iuris, quam de præſumptione hominis. Hæc verba filijs legitimis ex ſui proprietate comprehendunt legitimatum, vt fundatum eſt, ex Aretin. & alijs in dict. l. ex facto, ff. de vulgar. At qui quando aliquid continetur in aliquo ex natura verbi, illud dicitur expreſſum, l. Prætor, & ibi Gloſſ. & DD. ff. de noui oper. nunciat. Angel. conſ. 17. col. pen. & conſ. 331. col. vlt. Ergò dicendum eſt hanc voluntatem domini Claudi expreſſam eſſe, quod vocauerit legitimandum. Hactenus Menoch.

59 Cuya doctrina ſentada, y que fue voluntad expreſſa la del Fundador deſte mayorazgo llamar los hijos naturales de Don Iulio, que ſe legitimaran, y los comprehendiò en las palabras legitimas, ſe induze, y prueba ex ſequentibus coniecturis.

60 La primera, el que teniendo en ſu caſa à D. Lorenço, y D. Iuan ſus ſobrinos, hermanos mayores de D. Iulio, no los llamò primero que à D. Iulio, que era el menor, ſino que lo inſtituyò por heredero en todos ſus bienes con gravamen de vinculo, y mayorazgo, que en ſu cabeça fundò, y aſsi como primer llamado, y mas predilecta ſu linea, en que ſus hijos naturales, ò legitimos eſtàn llamados, y ſubſtituidos, ſe entiende, y preſume el derecho, que los querria

querria llamar antes que à los ſubſtituidos,*leg. Publius*,*§.* 1.*ff.de condit.& demonſt.*Bald.*in leg.cum acutiſsimi*, *volumin.* 1.*C.de fideicommiſſ.*Curtius Senior, *conſ.* 44. *num.* 19.Cephalo,*conſ.*364.*num.*40.*& conſ.*293.*num.*3.*lib.*2. ibi:*Quam enim charitatem teſtator habuit ad filium,eandem etiam habet continuatam ad nepotem.*

61 La ſegunda,porque Don Iulio eſtuvo aſsiſtiendo à Hortenſio ſu tio muchos años en Salobreña, cuidando de toda la hazienda, y ayudando à ganar el caudal con ſu induſtria,vigilancia,y trabajo,y buena adminiſtracion,por hallarſe con muchos años el tio, y en recompenſa de eſtos beneficios, lo dexò inſtituido por heredero vſufructuario en todos los bienes, con gravamen del vinculo, la qual ſe reputa, y deve tener por donacion remuneratoria,*ex l. Aquilius Regulus*,*ff. de donat.* en cuyo caſo ſe adquiriò pleno derecho a Don Iulio Gaui, & conſequenter à ſus hijos para la ſucceſsion del mayorazgo,como ſi huviera ſido proprio de ſu padre que lo huviera fundado, en que preciſamente avian de ſucceder, prefiriendo a los aſcendientes, y los tranſverſales por la diſpoſicion de la *ley* 27. *de Toro*; etiam, que el mayorazgo no fueſſe de tercio,y quinto,vt infra num.84.cum ſeqq. conque ſiendo la inſtitucion de herederos, y fundacion del mayorazgo de los bienes que el Fũdador tenia en Salobreña à favor de D. Iulio, ſus hijos legitimos,ſi los tuviere; de la miſma forma ſe entiende hecha à Don Luis,y ſus hermanos, nomine collectivo,ex ratione eiuſdem prædilectionis conſiderata num. præcedenti,*ex diſpoſitione legis cum acutiſsimi*,*C. de fidei côm.& lex cum auus*,*ff.de condit.& demonſtr.*quæ locum obtinet non ſolum in ſucceſsione maioratus à parente inſtituto;ſed etiam à tranſverſali fundato, vt eleganter conſiderat *D. Couarrubias*, *practicar. cap.* 38.*à num.*12. Noguer.*allegat.*9.*num.*59.

62 La tercera, porque aviendo fundado el mayorazgo de Genova en cabeça de Don Lorenço, y en eſte otro de Salobreña inſtituido à Don Iulio,en dos diſtintas li-

neas,

neas, y personas quiso hazer las fundaciones, acomodando à cada vno en su mayorazgo: conq̃ fue visto prohibir el cõcurso, y vnion de vno, y otro mayorazgo en vna misma persona, que fue su voluntad, el que los descendientes de la linea de D. Iulio solamente entrassen en este mayorazgo, ex notatis à Dom. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 2. num.* 28. vbi quod similibus coniecturis incompatibilitas inducitur, & probatur, idem tenet latissimè agens Dom. Castill. *tom.* 6. *contr. cap.* 181. *num.* 2. *&* 14. Robles de Salzed. *de representation. lib. 2. cap. 6. num. 7. &* 8. donde dize: Que aunque el mayorazgo no exceda, ò no llegue à la cantidad dispuesta por la *l. 7. tit. 7. lib. 5. Recopil.* Si la voluntad conjecturada del Fundador fue separar los dos mayorazgos en dos lineas, y personas, se entienden incompatibles, y no poderse juntar en vna linea, y persona: luego si la voluntad de Hortensio fue hazer dos mayorazgos, y à cada vno llamar vn sobrino, parece que quiso hazerlos incompatibles, y cada vno entrasse en su linea, y que no se juntassen, si no es faltando todos los de la linea de Don Iulio, primer llamado, en que estan comprehendidos sus hijos.

63 La quarta, porque el Fundador solo llamò hijos legitimos al principio de la Clausula, y en todo el tenor della, solo vsò de la palabra *hijos*, en que se comprehenden los legitimos legitimados, & notat Bald. *in l. cum acutissimi, C. de fideicom. num.* 7. Alex. *in l. generaliter, §. cum autem*, vbi Decius, & alij, *C. de inst. & subst.* Iass. *in l. 2. n.* 243. *C. de iur. emphit.* Rippa, *in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 44. ff. ad Trebel.* Villalob. *conclus. 67. litt. L.* vbi testatur communem Palac. Rubios, *in l. 12. Taur. num.* 23. Dom. Covarr. *in 4. 2. part. cap. 8. §. 9. num.* 8. Dom. Molin. *lib. 3. cap. 3. num.* 2. Roland. a Vall. *cons. 83. col. pen.* plures tradit Bursat. *cons. 85. num.* 5. Mantica, *de coniect. lib.* 11. *lib. 10. num.* 9. Roxas, *de successión. cap. 23. num.* 88. & nos infra à num. 102. explicauimus conclusionem.

64 La quinta, porque qara que se excluyessen los legitimos reconocidos, era necessario que el testador lo huviera

viera expressado con clausula irritante, diziendo, que succediessen los hijos legitimos de legitimo matrimonio de Don Iulio, y no legitimados, vt infra in tertio articulo etiam fundabimus, no llamò el Fundador mas que à los hijos legitimos de Don Iulio, si los tuviesse, tuvolos legitimados à lege, & ab iure; luego estàn incluidos en el llamamiento, y deben preferir al transversal substituido, vt notat Montealegre, *in prax*. *cap*. 1. §. 4. *lib*. 2. *num*. 28. ibi: *Extende primo dictam conclusionem, vt procedat, etiã si testator substituat sub conditione si hæres, vel vocatus decesserit sine filijs legitimis, & auth. quib. mod. nat. effic. leg. §. sit igitur licentia, & in auth. quib. mod. nat. effic. sui, §. quoniam varie, & in specie*; notãt DD. *in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit.* vbi Alexand. *num*. 2. & Iass. *num*. 7. dicunt esse communem, Dom. Greg. Lop. *in l*. 4. *tit*. 15. *part*. 4. Dom. Molin. qui plures tradit, *lib*. 3. *cap*. 3. *num*. 2. Roland. *cons*. 67. *num*. 8. *lib*. 3. Mantic. *lib*. 11. *tit*. 10. *num*. 9. optimè Tiber. Decian. *cons*. 88. *num*. 13. *lib*. 2.

65 Ex quibus, & alijs quæ infra in 3. artic. proponentur remanet nostra conclusio evidentissimè probata, scilicet, quod ex voluntate expressa fundatoris, està llamado Don Luis, y debe succeder en competencia de Don Iuan Baptista, que es transversal, y de otra linea en este mayorazgo, vt latissimè in terminis fundat Cyriacus, *controvers*. 207. *à num*. 45. & *controu*. 208. *à num*. 54. & *controvers*. 209. *à num*. 70. Montealeg. *in prax*. *lib*. 2. *cap*. 1. §. 4. *à num*. 27. Menoch. *dict*. *cons*. 469. *à num*. 2. Rota coram Farinacio *in posthumis*, *decis*. 412. Dom. Molin. *de primog*. *lib*. 1. *cap*. 4. *num*. 44. & vbi Addentes dicunt, ibi: *Quod ampliat etiamsi transversales in defectu filiorum legitimorum fuissent vocati*, Mantic. *de coniect*. *lib*. 11. *tit*. 9. *num*. 2. Flores de Mena, *lib*. 1. *variar*. *cap*. 16. *artic*. 2. *num*. 6. Menoch, *lib*. 4. *præsumpt*. 78. *num*. 2. Alvarez Pegas, *tom*. 2. *ad ordinamentum Lusitani*, *gloss*. 4. *cap*. 32. *nu*. 212. donde tiene, y sienta por comun conclusion, que qualquier ilegiti-

gitimo, espurio, natural, ò bastardo que està legitimado por rescripto del Principe, puede, y debe succeder en el mayorazgo, excluyendo al transversal hermano, ò pariente substituido de otra linea, de cuya legitimacion van hablãdo los dichos AA. y aqui con mayor razon que la legitimacion es legal, y no per rescriptum Principis, en que puede aver defecto, ò vicio de obrepcion, y subrepcion, y faltarle la causa, mas la de la ley es plenissima, y con solo su autoridad se adquieren los bienes, y derecho de successiõ por el justo titulo que dà la ley, por lo qual dixo el señor Molina, *lib. 2. cap. 7. num.* 38. que en el caso de la legitimacion del padre por el reconocimiento, el acto quedò de su naturaleza perfecto por la disposicion de la ley, y el hijo legitimado para la succession.

66 Dize, pues, Alvaro Pegas, vbi supra: *Nihilominus tamen secundum communem sententiam legitimatus, etiam secundum stylum nostri Regni, cum clausula ex certa scientia, & plenitudine potestatis, prout fieri solet, vt patet ex chartis legitimationis, succedere debet excluso fratre, seù quocumque consanguineo institutoris, & secundũ illam iudicandum, & tenendum est, vt magis cõmunis, & recepta.* Y refiere para fundamento dello vna plana de AA. Y siguiendole, se conforma con su opinion, y doctrina nuestro amigo, y Abogado contrario Don Fernando del Aguila, *in* 1. *part. cap.* 6. *num.* 53. *de incompat. maiorat.* in addit. ad Roxas, ibi: *Quam sententiam contra transversales ad fauorem naturalis descendentis, & filij vltimi possessoris posse defendi non dubito, eaquè latius roborari potest cum Cyriac. controu.* 207. *&* 208. *vbi latissimè fundat, & intelligit ita in transversalium exclusione, n.* 106. *dummodo non sint exclusi legitimati expressè, quod accidit, quando vocantur ex legitimo matrimonio nati, non verò si vocentur tantum legitimi.*

67 Conque siendo esto assi, y que los naturales legitimados à Principe, vel à lege per patris recognitionẽ, en nada difieren, y se distinguen de los legitimos, y en todo

se

se equiparan à ellos, aviendo dispuesto el Fundador de este mayorazgo, que succediessen los hijos legitimos de D. Iulio, si los tuviesse, lo mismo fue tenerlos naturales, y legitimarlos despues con el reconocimiento, que si los huviera tenido legitimos de matrimonio para hazer faltar la condicion, y que cessasse el caso de la substitucion, vt ex text. *in Authent. quib. mod. natur. effic. leg. §. sit igitur licentia,* ibi: *Nihil à legitimis differentes, coll.* 6. *& in Auth. quib. mod. natur. effic. sui, §. quoniam variè,* ibi: *Nihil dissimilis legitimis, collat.* 7. *l. fin. tit.* 15. *part.* 4. *l.* 7. *eiusdem tit. & part. Auth. si quis, C. de natur. liber. & alijs textibus relatis supra num.* 39. *&* 16. Montealegre, *in prax. lib.* 2. *cap.* 1 *§.* 4. *num.* 13. ibi: *Tandem filij legitimati nihil differunt ad legitimis.* Y refiere dichos textos, y otros, & postea inquit: *Et in omnibus equiparantur legitimis, adeò quod dispositum in legitimo locum etiã habeat in legitimato, l. liberos, C. de iur. deliber. Bald. in l. Imperialis, C. de nupt. & in cap. in causis, de offic. deleg. eruditè Tiraq. in l. si vnquam, verbo susceperit libros, à num.* 63. *cum seqq. C. de reuoc. donar. & de primog. quæst.* 33. *num.* 1. *cum seqq.* Roxas, *in epitom. success. cap.* 23. *num.* 35. Tiber. Decian. *cons.* 88. *n.* 2. *lib.* 2. & hæc quod ad secundam partem dixisse sufficiant.

ARTICVLO TERCERO.

68 DVra parecerà la proposicion de que D. Luis tiene llamamiento legal por la controversia de los DD. sobre el *§. si quis rogatus, l. ex facto, ff. ad Trebel.* circa successionem filiorum naturalium in fideicommissis, ex qua maioratus successio regulatur in Hispania; mas por que la Regla de nuestra conclusion es juridica, y de natural razon, se harà manifiesto con fundamentos claros ser cierta, y sin duda alguna, y asi empezando por ella, y trayendo à la memoria su antiguedad.

69 Parece que en el Imperio de Valentiniano, y Theodosio, y Iustiniano, por los años de nuestra redemp-

cion

cion de 450. se estimò por regla, y estableciò por ley la sentencia del sapientissimo Papiniano, de que el hijo natural hazia faltar la condicion, si sine liberis; y assi lo refiere Vlpiano, *in dict. §. si quis*, ibi: *Si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restitueret hæreditatem, Papinianus, lib. 8 respons. scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio*, Fue tan estimado este parecer, que Iustiniano lo mandò guardar por ley, *in l. generaliter, §. cum autem, C. de inst. & subst.* cuyas palabras por ser prolixas taceo, y porque las sumò Alexandro conforme al sentir de Papiniano, conque yà en aquellos tiempos se tenia por regla el succeder los hijos naturales en los fideicommissos.

70 Valentiniano, y Theodosio hizieron lo mismo por otra ley de su Codigo, donde añadieron à la estimacion de Papiniano, que todas las vezes que huviesse variedad entre los DD. venciesse la opinion que le siguiera teniendola por la mejor; tanto aprecio se hizo siempre deste varon insigne, refierelo en terminos Valentin. Froster. *de success. abintest. pag.* 106. Ioan. Baptist. Lup. *de illeg. com.* 1. §. 4. *num.* 14. *Doctor.* Marta, *de succes. legal*, 1. *part. quæst.* 2. *art.* 3. *nu.* 1. 10. *y* 11. Fachin. *controuers. lib.* 52. Y el mismo Iustiniano *in l.* 1. *C. de veter. iur. enucleand.* celebrando à este ilustre jurisconsulto, mandò que à sus notas que estavan en poder de Vlpiano, de Paulo, y de Marciano se les diesse fuerça de leyes,

71 Entrò despues Vlpiano *in dict. §. si quis rogatus*, y dixo: *Mihi autem quoad naturales liberos attinet voluntatis quæstio esse videbitur de qualibus liberis testator senserit: sed hoc ex dignitate, voluntate, & conditione eius, qui fideicommisit accipiendum erit.* Tres limitaciones, como dize Martha, ibidem, num. 12. puso Vlpiano à la Regla vniversal de Papiniano, y para apartarse de ella es necessario, que el que se fundare en qualquiera, la pruebe; semper enim standum est regulæ, & pro ea sententia ferenda, *l. ab ea parte, vbi DD. ff. de probat.* cum alijs Martha vbi proximè.

Mas

72 Mas aprecio quisieron hazer algunos Autores del parecer, y limitaciones de Vlpiano, que de la Regla, y ley de Papiniano, pues dixeron, que aquellas avian de correr en los mayorazgos de España, y no esta, porque, ni la dignidad, ni la condicion, ni la voluntad de los Fundadores se entiende quererlos admitir. Y como sean de tã superior esfera los primeros interpretes de este sentir, vt ille parens iuris prudentiæ maioratũ, numquam benè laudatus doctissimus inquam D. Ludovicus Molina *lib.* 1. *cap.*4. *à num.*45. alterque maximus congestor indefesso labore fatigatus vltimarum voluntatum Magister D. Castill. *tom.*5. *cap.*82. *à num.*13. quos sequuti fuere Mierez, Fussar, Flores de Mena, Roxas, & alij. Deforma han puesto dudosa la materia, que parece quedar destruida la Regla de Papiniano.

73 Y aunque pudiera embaraçarme el temor de responder à Varones tan sabios, me alienta la razon à la defensa, no con la arrogancia que escriviò Guzman *in verit.*5. contra ellos, ni con la elegancia que hablò el señor Don Iuan Baptista de Larrea en la *decis.*32. en favor de los hijos naturales, si, con la modestia que pide la atencion, y con los discursos que alcançare la cortedad de mi ingenio en defensa de D. Luis, y de la Regla de Papiniano.

74 Y asi, satisfaciendo à la primera limitacion de voluntad, es precisso advertir, que, ò esta es clara, y expressa, ò conjecturada; si clara, y expressa de excluirlos, ociosa es la disputa, y fatiga tan grande que los Autores tomaron de escrivir libros enteros para hazer mas dudosa la materia, como dixo Guzman *d. verit.*5. *num.*38. ò es conjecturada, y entonces es necessario que el que se funda en las conjecturas, las pruebe; porque en duda, se ha de estar à la Regla que los admite. No ay en este caso conjectura alguna de excluirlos, muchas si de admitirlos, y que sucedan los hijos naturales de D. Iulio en este mayorazgo, y voluntad clara de llamarlos, vt supra in 2. articulo fundavimus; luego cessa la primera limitacion.

75 La ſegunda dize: *ex dignitate*, y ſe fundan en que ſiendo el teſtador hombre noble, y principal, no es viſto querer incluir en el llamamiento de hijos à los naturales; porque eſtos no ſon nobles, y de ello ſe valdrà Don Iuan Baptiſta; pues Hortenſio Gavi era vn Cavallero principal, Alferez mayor, y dueño del Ingenio, y tierras de Salobreña, y no querria que ſu nobleza, y dignidad fueſſe à quien lo deſluciera, como los hijos naturales de Don Iulio: eſte argumento D. Caſtillo, y los demàs, ſe funda en vn ſupueſto negado, y que no corre, ni puede correr en Eſpaña.

76 Lo primero, porque en ella es conſtante, y ſin duda alguna, que los hijos naturales ſon tan nobles como ſus padres, cuya nobleça introduxo la coſtumbre, y mādò guardar por ley el ſeñor Rey Don Alonſo el Sabio *in l. 1. tit. 1. part. 7.* ibi: *E fidalgo es aquel que es nacido de padre fidalgo, quier lo ſea la madre, quier non, ſolo que ſea muger velada, ò amiga, que tenga conocidamente por ſuya.* Y explicandola Ioan Garcia *de nobilit. gloſſ. 20. num. 36.* dize lo miſmo D. Covarr. *in 4. 2. part. cap. 8. §. 4. nu. 4.* Leon, *deciſ. Valent. 81. num. 15.* Azeved. *in l. 10. nu. 51. tit. 8. lib. 5. Recop. & conſ. 24. dub. 3. num. 39.* ibi: *Et ex noſtræ Hiſpaniæ conſuetudine itidem redduntur cum admittantur naturales ad honores, nomen, & arma, & inſignia parentum*, *Roxas in epitom. ſucceſ. cap. 10. num. 23. & 27.* Villalpand. *in l. 21. tit. 1. part. 7. §. ſed iuxta, nu. 1. & 3.* ibi: *Filios naturales eſſe de agnatione ex naturali conſuetudine Hiſpaniæ eos admittente ad inſignia nomen, & arma, & nobilitatem patris, & de familia dicuntur.* Flores de Mena, *lib. 1. variar. cap. 16. art. 2. §. 2. nu. 9.* Mier. *de maiorat. 2. part. quæſt. 2. num. 27.* Et poſt omnes Carraſc. *in tractat. de nobilib. non torquend. n. 50. & 51.*

77 Qua propter, aunque en el *cap. 1. de los Eſtatutos de la Orden de Santiago*, en el *tit. de las calidades*, ſe diſpone, que el que huviere de tomar el Abito, ſea hidalgo, el cap. 2. diſpone, ibi: *Y los naturales deſcendientes de ſoltero, y ſoltera lo puedan tener.* Aſſegurando por cierto, y conſ-

y constante que los naturales son tan nobles como sus padres: luego si los hijos naturales gozan de las honras, preeminencias, nobleça, y dignidad de sus padres, y la razon en que se fundaron dichos Autores, de que por Derecho Civil, como D. Gregor. *in dict. l. Part.* de que no gozavan, cessa en España, donde por leyes, y costumbre vniversal, como lo vemos en las executorias de nobleça, que cada dia se despachan en favor de los hijos naturales de los nobles, y tienen sus mesmas prerrogativas, cessare debet eius dispositio, & consequenter secunda limitatio locum non habet, vt in individuo tenet Guzm. *verit.* 5. *num.* 44.

78 Quæ conclusio cum maiori ratione procedere debet en D. Luis Gavi, à quien su padre reconociò, tratò, estimò, y honrò tanto en su vida, dandolo à conocer a todos los Cavalleros de Granada, queriendo que gozasse de la nobleça, esplendor, dignidad, honra, y estimacion que èl, y sus mayores avian gozado, como dize la *l.* 11. *de Toro*, y final, *tit.* 22. *lib.* 4. *For.* relata supra *num.* 16. ibi: *Este es mi hijo, que he de tal muger* (nombrela) *y de aqui adelante quiero que sepades que es mi hijo, y lo recibo por mi hijo; y el hijo que assi fuere recibido aya honra de hijo dalgo, si su padre fuere hidalgo.* Si esto es assi, y que fue avido en vna muger noble, tambien soltera, y libre para contraer matrimonio, y baxo de sponsales de futuro, y que Don Iulio no tuvo otros hijos: de qualibus liberis testator senserit ex eius dignitate accipiendum erit? Vt ex verbis Vlpiani vtar. De estos, señor, me parece que sintiò, y quiso que sucediessen, no aviendo otros de aquella linea, que le precediessen, y que si viviera, y los viera tan honrados, y aplaudidos con su nobleça, los quisiera llamar, y preferir al transversal substituido de otra linea; y assi lo exclama, y resuelve Guzm. adversus D. Castill. & sequaces, vbi supra, *num.* 40. 41. & 44. Conque siendo esto assi, y que falta el supuesto, en que D. Molin. Castill. & reliqui fundantur, de que dignitas non conservatur in naturalibus, no se puede verificar su opinion, y faltando la certeza del antecceden-

dente, cessa la ilacion de el subsequente conforme principios filosoficos, y juridicos.

79 Cum igitur los naturales sean tan nobles como sus padres, retorquendo argumentum in contrarios, siguese por consequencia clara, que deben suceder en los mayorazgos de España, y que siendo hijos del vltimo posseedor, y primer llamado, no aviendo hijos legitimos de matrimonio, han, y deben excluir à qualquiera otro transversal legitimo, vt in terminis ex sequentibus fundatur. Primo, ex celebri sententia D. Gregor. Lop. *in l. 32. tit. 9. part* 6. verb. *Non valdrà, q. 9.* ibi: *Adverte etiam circa prædicta, quod si expresse non vocetur filius naturalis ad maioriam in defectu legitimorum ex eo quod quis fecit maioriam in filium maiorem, & cœteros descendentes ordine primogenituræ, videtur, quod sit vocatus naturalis, deficientibus omnibus legitimis.* Deforma, que asienta por proposicion cierta, que en faltando hijo legitimo al vltimo posseedor, le ha de suceder el natural. Y la misma tuvo Anton. Gabriel, *lib. 4. comment. tit. de fideicom. concl. 2. n.* 68. donde refiere muchos DD. para probar, que en los mayorazgos suceden los naturales, à falta de legitimos, y excluyen à el substituto transversal.

80 Idem tenent Addent. ad D. Molin. *lib, 1. cap. 5. num.* 44. ibi: *Ratione perpetuitatis hoc admissum censetur, rectè equidem cum auctore fatentur Mieres, 2. part. quæst. 2. num. 27. Angul. in l. 11. gloss. 5. & 6. Flor, de Men. lib. 1. cap. 16. art. 2. num. 8. qui omnes loquuntur de filio naturali asseverantes, esse admittendum, deficientibus legitimis: quod amplia, etiam si transversales in defectũ filiorum legitimorum fuissent vocati Menoch. lib. 4. præs. 78. num. 2. Mena, vbi sup. num. 6. Mantic. de coniect. lib. 11. tit. 9. num. 2.* lugar bien claro, y en terminos de nuestro caso. Y el mismo sentir, y opinion tienen D. Greg. *in l. 2. tit. 15. part. 2.* Pereg. *de fideicommiss. art. 28. num.* 43. Tib. Decian. *respons. 33. num. 10. tom. 5.* Cephal. *cons. 656. num.* 35. Farinac. *tom. 2. decis. 350. n. 2.* post consilia, Pat. Molin.

de

*de iust.& iur.disp.62. num.*8. Et in terminis Avendañ. *in l.*27. *Tauri,gloss.*2.*num.*14. Accacio,Anton. Ripol. *in l. Titio centum,num.* 145.*ff. de condit.& dem.* Leon,*decis. Valentiæ* 80.*num.* 10. dicentes, obtinuisse naturales adversus transversales legitimos tam in tenuta,quam inCancellarìa super proprietate.

81 Quæ sententia, & verisima opinio fundatur optima ratione; nam si maioratus institutio pro dignitate familiæ, conservatione nominis, agnationis,& sanguinis fit, & in filio naturali conservatur dignitas, honor, & splendor nominis,& sanguinis familiæ: prerrogativas, que nuestras leyes Reales, y costumbre general de España les concediò; fuera en mi sentir duro rigor, que teniendo, y gozandolo principal, que es la honra de sus padres, y parientes, no tuvieran, ni gozaran de la hazienda de ellos, que es lo accessorio, y con que se conserva, y mantiene lo principal,*l.ad subeunda,C.de Decur.lib.*10.vbi glossa ait: *Vt honorem cum sumptu conservet.*Eleganter Bartol.*in l.* 1.*C.de dignit.lib.*12.*l.*44.*tit.*5.*part.*5.ibi: *Si dixere, quiero que tal cosa no sea enagenada, mas finque à mis hijos siempre, ò à mi heredero, para que siempre sea mas honrado, y tenido.*

82 Y aplicando las vozes de esta ley à la dignidad, y condicion de el Fundador, nos parece, no pudo tenerla tan cruel, que quisiesse vn hijo del primer llamado heredero instituido de toda su hazienda, aunque natural, tan noble como su padre, tan ilustre como su tio el Fundador, y tan privilegiado en nobleça como los dos por leyes, y costumbre de estos Reynos, quedàra à pedir limosna, pobre, y sin los bienes que gozò à su padre, y que los ayudò à ganar al Fundador, y que vn Estrangero Genovès, y de otra linea, que viene à España à mover este pleyto, no por otra razon, que la que consideran ex dignitate, & conditione, que se verifican en Don Luis, le quitara el mayorazgo, los bienes, y hazienda, de donde proviene la estimacion, y con solo la nobleça, por no envilecerse, huviera de perecer, sin

poderſe aplicar à coſa decente à ſu ſangre; quod naturalis pietas abhorret, ratio, & æquitas juridica repugnat, vt in ſimili notat Tiber. Decian. *conſ. 7. num. 26. volum. 1.* ibi: *Nè per defectionem bonorum pauperior fiat, & vileſcat familia.* De quo etiam argumento favore filiorum naturaliũ vtitur Gonçal. *ad regul. 8. Cancellar. 7. part. cap. 15. n. 49.* provando ſei de genere familia inſtitutorum eorum agnationem, & nobilitatem conſervare, Gutierr. *practic. quæſt. 81. à nu. 13. & quæſt. 155. à num. 1.* Nicol. Garc. *de benefic. tom. 2. cap. 15. à n. 47.* Et eſſe de linea patris, Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 54.* cum alijs Guzm. *ſup. num. 70.*

83 Y aſsi, aunque eſte mayorazgo ſea de dignidad por el titulo de Alferez mayor, y ſeñorio del Ingenio, y tierras de Salobreña, ſequitur, que D. Luis, conforme à derecho, tiene llamamiento legal, y debe ſuceder en èl como hijo, y hermano de el primero, y vltimo poſſeedor, y de ſu linea, y que conſerva ſu dignidad, y nobleça; itaque in individuo, reſolvit Vincent. Fuſſar. *de ſubſtit. quæſt. 360. num. 7.* que con ſer de la opinion D. Caſtill. contra los hijos naturales, ſe rinde à la verdad, diziendo: *Si tamen concederetur naturalibus deferre arma, & inſignia familiæ, & dicentur de domo, & admittentur ad fideicommiſſum dignitatis.* Et idem probat Azeved. *conſ. 24. nu. 24.* D. Franc. Hieron. de Leon. *deciſ. Valent. 81. num. 11.*

84 Fundanſe eſtas doctrinas en la celebre ſentẽcia de Bartul. *in l. hæredib. 38. §. Titius, num. 3. ff. ad Trebel.* donde dà por regla, que para ſaber en que caſo el hijo natural ſe prefiera al tranſverſal, primero ſe conſidere, ſi la ley, ò eſtatuto municipal admite en algun caſo al natural, porque aviendolo en aquel Reyno, ò Provincia, ſerà eſte preferido à aquel. En Eſpaña, no ſolo gozan de la nobleça, ſino tambien tienen llamamiento preciſſo antes que los aſcendientes, y tranſverſales al mayorazgo de tercio, y quinto, *ex l. 27. Tauri*; luego preciſſamente han de ſuceder, y excluir al ſubſtituto tranſverſal.

85 A tan infalible argumento quiere reſponder

Dom.

D.Castill. diziendo, que el llamamiento de ilegitimos, ordenado por la ley 27. es solo facultativo, y no precisso, y que aunque lo sea, solo habla la ley del caso particular de mayorazgo de tercio, fundado por ascendiente; cuyas razones se eliden con facilidad, pues la primera de que no es precisso el llamamiento, se convence con las palabras de la ley: *Con tanto, que los llamamientos los hagan entre sus descendientes ilegitimos*, que son condicionales, vt ex pluribus tenet Matienç. *in l.* 11. *gloss.* 5. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* Gomez, Avendañ. Castill. Palac. Rub. & ibi omnes, los quales añadieron, que el decreto irritante de la dicha ley, *y que de otra manera no puedan poner gravamen, ni condicion*, anula qualquier forma de llamamientos, que no sea conforme à ella, Matienç. *sup. gloss.* 9. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 5. *& cap.* 11. *num.* 11. *&* 16. vers. *Quarto adverte.*

86 A la segunda objeccion, de que la ley 27. habla en caso particular de mayorazgo de tercio, fundado por ascendiente, y no transversal, como tambien propuso en Estrados el Abogado contrario, se satisface con que lo mismo, ex identitate rationis, corre, y milita en vn caso que otro, ya sea el mayorazgo de tercio, yà de todos los bienes, ya fundado por ascendiente, ò yà por transversal. Lo primero, en quanto à la cantidad de los bienes, se prueva, poniendo el exemplar en el caso de la *ley* 11. *de Toro*, quando vn padre que no tiene hijos legitimos, y tiene ascendientes que lo hereden abintestato por la *ley* 6. *de Toro* hiziesse mayorazgo de todos sus bienes en su hijo natural: dirèmos, que por que no fue de tercio, y quinto no puede suceder? No, de ningun modo, porque la dicha *ley* 11. le dà derecho claro de suceder: luego lo mismo serà que el mayorazgo se funde de el tercio, y quinto, que es la mitad de la hazienda, que de toda ella, para suceder el hijo natural por la regla de la *ley*, *quæ de tota*, *ff. de reivendic.* por ser vna misma la razon, y no aver otra de disparidad; y si nò diganla los que siguen la contraria, que esta es juridica, y legal, & eam probant Peralt. *in rubric. de hæredib. instit. n.* 123.

123. quem refert, & sequitur D. Molin. *lib. 1. cap. 1. num.* 26. Et in specie Molin. Theolog. *de iust. & iur. tom. 3. tract. 2. disp. 609.* donde concluye, que la misma regla de la *l. 27.* para los llamamientos de naturales se ha de observar en los mayorazgos de tercio, que de toda la hazienda, aunque se funden con facultad Real.

87 Esto baste para satisfacion de la respuesta en quanto al fundamento, ex identitate rationis ob quantitatem bonorum. Resta provar la identidad, por la qualidad de las personas, y que la misma regla ha de correr en la fundacion del mayorazgo hecho por el transversal que en la dispuesta por el ascendiente; y aunque parezca dificultoso, y no ayamos hallado Autor que nos la proponga, sin embargo nos parece corriente: & probatur sic.

88 Tùm, porque, vt fundatum reliquimus, la intencion de los Fundadores ascendientes, y transversales, es vna misma, scilicet, de conservar la agnacion, y nobleça en su linage: fundan los ascendientes en sus descendientes, por que los tienen: fundan los transversales en vn transversal, por que les faltan descendientes: quieren que se cõserve su memoria, y familia en aquel pariente à quien llaman. Conservase esta, no solo en los hijos legitimos de el primer llamado, sino tambien en los naturales; luego precissamente ex voluntate testatoris, & legis dispositione les debemos confessar llamamiento legal, extendiendolo a este caso.

89 Tùm, porque si la razon de la dicha ley es el derecho que tienen los hijos naturales de poder heredar à sus padres, el mismo tienen para heredar a los parientes de el padre, *Authent. quib. mod. nat. effic. legit. §. reliq. § si quis ergo, & §. qua propter, l. 12. Tauri, l. 7. tit. 15. part. 4. l. fin. tit. 13. part. 6.* Roxas, *de succeß. cap. 23. n. 49.* D. Covarrub. *in 4. part. 2. cap. 8. §. 10. num. 2.* Monte-alegre, *in praxi, cap. 1. §. 4. nu. 20.* Anton. Gom. *in l. 12. Taur. n. 69.*

90 Tùm, porque si como fundan los DD. en la opinion contraria, los hijos naturales no tienen abintestato

to mas derecho de suceder; que en la sexta parte de la *Authent.licet,de natur.liber.* y *l.8.tit.13.part.6.* Y sin embargo la *ley* 27. les dà precisso llamamiento à toda la sucession del tercio, y quinto, y à la de todos los bienes, como fundamos. Què razon de disparidad, y diferencia nos podràn dar para que en los mayorazgos fundados por los transversales no corra la misma regla de la ley? Quando milita la misma razon en vn caso que en otro, y quando es cierto, que el Fundador, en lugar de hijo, porque no lo tuvo, fundò el mayorazgo en el sobrino, queriendo conformarse cõ la disposiciõ regular, y legal, *dict.l.27.* quando no consta de lo contrario; ni es de creer, ni presumir, que llamando al sobrino, y à sus hijos legitimos, si los tuviesse, que si viviera, y viera que no los tuvo, sino naturales, que quisiera excluirlos, y admitir al transversal con quien no tuvo afeccion, ni conocimiento, ni lo llamò, sino à falta de todos los primeros substituidos: no abrà juizio humano que à ello se persuada, por mas que D. Castill. Mier. & reliqui en mayorazgos de transversales propongan contra los naturales; por la dignidad, condicion, y voluntad del testador, que siempre, dizen, los quiere excluir quando llama hijos legitimos.

91 Hæc nostra conclusio fundatur ex rationibus optimi consilij Tiber. Decian. *vol.2.resp.1.num.7.* donde hablando de la gran comprehension de los hijos naturales en la condicion, si sine liberis, y que no se presumen excluìdos, si expressamente no lo estàn en *num.* 117. trayendo à la memoria la mucha estimacion que Iustiniano avia siempre hecho de Papiniano, mas que de Vlpiano; y como aprovò su parecer por ley, *in dict. l.generaliter,* dize assi: *Rursus idem Iustinianus adeò fuit sibi cordi hæc pia præsumptio, & Papiniani dispositio, vt illam in l. generaliter, §. cum autem latam anno sequenti, quo promulgata erat l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. extenderit etiam ad nepotes naturales, vt scilicet illa subintellecta conditio si sine liberis intelligatur non modò de iustis, & legitimis li-*

 beris

beris, sed etiam de naturalibus tantum, & illegitimis, quasi quod hæc notabilis præsumptio innitatur tantum pietati, & iure naturæ, quod commune est tam legitimis, quam naturalibus tantum, qui nomen naturæ ferunt. Et ideò etiam casu nostro tenenda est hæc præsumptio tanquam efficacissima, quod quam dilectionem ostendit testator instituendo Iannutium, eandem censetur habuisse erga ipsius sobolem.

92 De cuya admission, y razones juridicas, y de equidad natural es plenissimo el *cons.* 54. *tom.* 2. de Marco Anton. Peregr. donde *num.* 7. testifica de la cosa juzgada por repetidas sentencias en favor de los hijos naturales en mayorazgos, y fideicomissos perpetuos de transversales en algunos substituidos, obras pias, y q̃ siempre se determinò assi por el Senado de los 40. de Venecia, sin q̃ jamàs se determinasse lo contrario; y en el *cons.* 7. *volum.* 1. *num.* 15. 19. & 20. defiende lo mismo. Y por que no parezca que nos valemos solo de Autores Estrangeros para prueva de nuestro intento, los Españoles lo fundan tambien con las mismas razones, Gabriel Pereir. *resp.* 1 *num.* 12. dize, que siendo por Derecho Civil el hijo natural del vltimo posseedor el pariente mas cercano suyo, y del instituidor, no halla razon para que en los mayorazgos de transversales no aya de suceder, ibi: *Cur ille vti proximior patri consanguineus non admitetur? Quis enim patri proximior est consanguineus, quam filius?*

93 Azeved. *cons.* 24. *in* 3. *dub.* à *num.* 22. *ad* 28. dize, que siendo la intencion de los Fundadores, que con la hazienda, y caudal que dexan à sus herederos se conserve su nobleça; no es justo, que los hijos naturales, en quien se conserva, queden desacomodados, y entre vn transversal de otra linea à gozarlo, aunque el Fundador fuesse transversal: & ita concludit cum Mierez: *Item si Pelaez, dict. q.* 2. *ad finem fatetur, quod superveniente casu in quo deficerent descendentes legitimi, ipse odio non haberet descendentes ex filio illegitimo, & sic ex infecta radice procedentes*

tes. Cur. & non admittemus hinc naturalem, cum testator nullos descendentes, nec ascendentes reliquerit, & solum respectum habuerit subveniendi suis consanguineis, & illis qui sunt de parentela, & sanguine suo. Alia item in eandem considerationem afferunt Mier. Matienç. Avendañ. Leon, & reliqui sup. *num.* 80. relati.

94 Con cuyas razones tan naturales, y genuinas nos parece queda provada la conclusion, y que la misma regla de los mayorazgos de tercio, y quinto ha de correr en los que se fundan de toda la hazienda, y la misma, quando los Fundadores son transversales, que quando son ascendientes, ex identitate rationis, tam bonorum, quam personarum. Y las contrarias objecciones respondidas, y fundado, que la sentencia de Papiniano, tanquam vniversalis regula servari debet, quin Vlpiani limitationes in Hispaniæ maioratibus, & præsertim in hoc fundato ab Hortensio Gavi posint verificari, vt ex illis Ioannes Baptista Lomelin successionem intendere posit.

95 Sed quia DD. contrarij alia deinde opponũt adversus naturales, valiendose de varias consideraciones para que se desvanezcan; responderèmos, dando satisfació a las mas principales. La primera, que el Abogado contrario propuso en Estrados es, que la sucesion de el mayorazgo se regula ad instar Regni successionem, y que estando dispuesto por la *l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. que para la sucesion de el Reyno se admitan los que fueren de legitimo matrimonio nacidos; lo mismo ha de correr en la de los mayorazgos: à que se responde, negando el supuesto; por que para la sucesion del Reyno aì aquella regla, y para la de los mayorazgos la de la *l.* 27. *Taur.* y asi por esta, como especial, se ha de regular, *vt ex l. doli causa, ff. de verb. oblig.* tenet D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 24. ibi: *Nisi aliud Regia lege de maioratibus loquente, decidendum sit, tunc enim propria legis decisione erit maioratus controversia definienda, non ea, quæ de Regni successione disponit.* Luego si en la sucesion de los mayorazgos de España se dà prelacion

al

al hijo natural, no ſolo al tranſverſal, ſino al aſcendiente, *in d.l.* 27. no ſe abrà de regular por la ſuceſsion del Reyno.

96 Y aun en eſta, ſeñor, licet D. Caſtillo, cum Cald. Pereir. tenga por abſurdo, que el hijo natural excluya al pariente tranſverſal. Yo digo con Guzman (ſalva pace tanti viri) que lo contrario me lo pareciera à mi, ſcilicet, que vn tranſverſal pariente remotioris gradus, & diverſæ lineæ viniera à ſuceder en el Reyno, y ſe excluyera al hijo natural del que fue Rey, y tuvo la Corona, atque ita conſiderat reſpondiendo D. Caſtill. Guzm. *dict. verit.* 5. *nu.* 57. ibi: *Ego equidem contrarium abſurdum maximum putarem: cur ergo filius naturalis Regis, nullo ſtante deſcendente legitimo, à patre excludendus cenſeatur aliotrãſverſali remotiori admiſſo conſanguineo? Fortè plus homines adamamus filios tranſverſales alienos (etiam ſi conſanguinei ſint) quam proprios ex noſtro ſanguine procreatos, quia naturales ſunt, ſi nobiles naſcantur, & ſine macula? Certè durum eſt, cum in Regnis non ſolum naturales, ſed ſpurios filios admiſſos videamus.* Y proſigue, refiriendo diverſos caſos, y muchas hiſtorias para ſu comprovacion, quas videre eſt apud eum.

97 La ſegunda razon es, la que ſacan de la *l.* 40. *de Toro.* Y aunque a ella reſponde Guzm. vbi ſup. *nu.* 60. ibi: *Neque obſtat l.* 40. *Taur. vbi expreſſe cavetur: Si el tal hijo mayor dexare hijo, nieto, ò deſcendiente legitimo, ex qua deducit D. Caſtill. ll. omnes Regni ſemper filios legitimos vocaſſe: quis hoc negat? Eſt ne noſtra quæſtio de filijs naturalibus, ſtantibus legitimis? Ne vti quam, ſed de naturalibus, nullis legitimis ſtantibus. Ad quid ergo l.* 40. *Tauri adducta eſt?* Yo digo, que eſta ley ſe hizo ſolo para reſolver aquella tan reñida queſtion de patruo, & nepote, quis eorum in ſucceſsione avi præferatur, y à decretar que el nieto por la repreſentacion ſe prefiera al tio, y ſiendo eſte legitimo hijo de el abuelo, coſa juſta es, que el nieto que le ha de preferir en la ſucceſsion, ſea tambien legitimo: con que ſiendo ley hecha para ſolo aquel caſo, no puede

de corregir, ni derogar la regla vniversal de la sucesion de los mayorazgos, que admite los naturales, como fundamos; y si lo quisiera corregir, lo expressara precissamente, vt ex *cap. cæterũ de rescript.* cũ alijs D. Larr. *decis.* 32. *n.* 53.

98 La tercera, que los hijos naturales no suceden à sus padres abintestato, mas que in duabus vncijs, ex *Authent. licet, C. de natur. liber. & l.* 8. *tit.* 13. *part.* 6. Y q̃ regulandose la sucesiõ del mayorazgo por la deabintestato, ex D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 11. D. Castill. *dict. cap.* 82. *num.* 50. No sucediendo en esta, tampoco han de suceder en aquella: à que responde Guzm. sup. *num.* 45. que no es lo mismo vna sucesion que otra; pues en la de abintestato no ay voluntad del instituidor, y en esta otra del mayorazgo la ay expressa, & à iure sub intellecta. Y aprieta mas Guzm. diziendo, que supuesto que suceden abintestato en la sexta parte, y los estraños, ò los transversales fuera del quarto grado, no suceden en porcion alguna, que con mayor razon ex testamento, & voluntate testantis succedere in totum debent, exclusso transversali remoto, vel extraneo.

99 Quod fortius probatur attenta dispositione *l.* 10. *Taur.* en que no teniendo el padre hijos legitimos, puede en toda su hazienda instituir los naturales, exclusis ascendentibus legitimis: luego si puede por testamento ex iuris Regni dispositione instituir à los hijos naturales en perjuizio de los ascendientes legitimos, y en este caso no pudiera dexar la hazienda à el transversal en perjuizio de la legitima del ascendiente, ni de el hijo natural, à quien està obligado à dexar la sexta parte; con quanta mayor razon podrà excluir los transversales? Y haziendo la disposicion testamentaria, se entenderà, que conformandose con la legal, querrà antes preferir al hijo natural, que no à el transversal consanguineo, que en todos los llamamientos legales es pospuesto à los naturales.

100 Quæ sententia evidentissimè patet favore naturalis filij vltimi possessoris maioratus ad exclusionem

ſubſtituti tranſverſalis inſpecta naturali cauſa, & communi voto, & dilectione, quæ erga naturales cadit, ex eleganti textu *in l. 10. tit. 4. part. 6. Donde ſe determina, que ſi vn padre tiene dos hijos legitimos, ò naturales, y les dexa à cada vno vn fideicommiſſo, ò vinculo con gravamen de que el primero que premuriere, reſtituya al otro hermano, ſin embargo que el padre no aya mandado que la reſtitucion ſea, ſino tuviere hijos, ò deſcendientes; ſi el gravado muriere dexando algun hijo natural, eſte hijo natural excluirà al tio, hermano de ſu padre*: por que aunque ſea hijo natural, y en los vinculos ayan de ſuceder legitimos, es avido, y ſe tiene por tal el natural para excluir à el ſubſtito, vt optimè etiam obſervat doctiſsimus D. Greg. Lop. *ibidem gloſſ. 8. ante quæſt. 1.* vbi inquit: *Naturales filij excludendo ſubſtitutum dicuntur legitimi, & etiam debet hoc magni pendi propter æſtimationem iuris Regnorum,* quam expendit Roxas, *in epitom. ſucceſſ. cap. 15. num. 23.* ibi: *Inter quos naturales, & legitimos parum intereſt.*

101 Y ſupueſto que el padre, por la diſpoſicion de dichos textos, y leyes Reales, puede, no teniendo hijos legitimos, dexarles toda ſu hazienda en perjuizio de los aſcendientes, y fundar mayorazgo en ſu cabeça, vt docet D. Molin. *cap. 11. lib. 2. num. 25.* porque el Derecho le da facultad para ello, no hallamos razon en nueſtro ſentir para que vn tio, hermano de padre, que tiene la miſma permiſſion, no pueda hazerlo; ni podemos entender, ni diſcurrir, que aviendo fundado el mayorazgo en el ſobrino, y ſus hijos legitimos, que conformandoſe con la diſpoſicion legal dexaſſe de quererlos llamar, y preferir al ſubſtituto, por que fueron naturales, quando eſtos, vt ſup. *in 2. artic.* expoſſuimus, ad excluſsionem ſubſtituti ſe tienen por legitimos, & pari paſſu quoad æſtimationem huius Regni cum illis ambulant, que es el caſo de la dicha ley de Partida.

102 La quarta razon en que ſe fundan, y que refiriò el Abogado contrario en Eſtrados (porque todas las demàs las callo, fuera de las dos referidas ſup. n. 86. & 95.)

es

es que la palabra *Mayorazgo*, quando el testador llama *Legitimos* es exclusiva de los Naturales, cui facilime respõdetur, distinguiendo el supuesto, y haziendo dos casos de esta forma. Es verdad que el nombramiento de *legitimos*, y palabra *Mayorazgo*, son exclusivas de naturales, quando concurre vn descendiente legitimo, aunque remotioris gradus eiusdem lineæ con el natural, que es en lo que tanto insistiò el Abogado contrario. Y en este primer caso nil mirum, que el legitimo descendiente, aunque remotioris gradus se prefiera al natural, porque se halla en la linea actual, y efectiva del primer llamado, y vltimo posseedor, q̃ es la que constituye prelacion en los mayorazgos, como dixo su mismo abuelo Roxas *de incompat. maiorat. 1. part. cap.8. num.24.* & nos supra *num.3.* Mas quando (y es el segundo caso) no ay descendiente legitimo del primer llamado, y vltimo posseedor, y solo queda vn natural, el qual, vt diximus supr. *num.82.* es de su linea actual, y efectiva; de ningun modo, aunque el testador llame legitimos en el mayorazgo, estas vozes seràn exclusivas de los naturales, concurriendo estos con los transversales substituidos de otra linea fuera de la actual, y efectiva del primer llamado, y la regla de inclusio vnius est exclusio alterius solo podrà correr en terminos habiles, que son los de el primer caso, y miembro de la distincion.

103 Pro qua nostri discursus ratione facit doctrina D. Gregor. *in l.6. tit.13. part. 6.* Et D. Molin. *lib.1. cap.3. num.33.* ibi: *Nominatio namque atque specificatio personarum solum tribuit nominatis præcedentiam successionis, non autem aliorum exclusionem operatur.* Garc. *de nobilit. in divis. oper. num.19. & 20.* ibi: *Quia nominatio aliquorum est subordinatio ad non nominatos defectis nominatis*: pluraque allegat in comprobationem, & idem D. Molin. *lib.1. cap.6. num.22.* ibi: *Hæc autem regula in Hispanorum primogenijs propter eorum naturam, ac perpetuitatem non procedit, cum enim primogeniorum successio in primo, & secundo successore non finiatur, sed perpetuo*

suo durare debeat, consequens est, quod semel exclussus nõ debet censeri perpetuo exclussus, sed solum suspẽsus ab ipsa maioratus successione donec duraverit persona, quæ ipsum exclusoit, aut eius descendentes: ea autem absque descendentibus extincta poterit ei qui semel exclusus fuit eiusdẽ maioratus successio deferri; non enim posset aliter maioratus ipse perpetuus effici. Lo qual es en terminos mas apretados de aver exclusion expressa, no inducida, presumpta, ni conjecturada. Et idem probant Gamma, *decis.* 27. *nu.* 1. à quien sigue Flores de Men. & D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 72. Gratian. *discept. cap.* 477. *num.* 25. *cap.* 595. *num.* 7. *&* 18. *& cap.* 890. *num.* 32. Fontan. *de pact. nupt. claus.* 4. *gloss.* 25. *num.* 27. *tom.* 1. Franc. Molino, *de rit. nupt. quæst.* 24. *nu.* 1.

104 Mayormente quando aqui el Fundador solo al principio, y en aquel caso de tener hijos legitimos el primer llamado, puso la preferencia, y despues en toda la clausula vsò de la palabra *Hijos* simpliciter sin aver añadido la calidad de legitimos; sino solo puestola en aquel caso de tenerlos ex dispositione text. *in l. gallus* 29. *§. quidam rectè, ff. de liber. & posthum.* ibi: *Sed si non exprimat, sed simpliciter instituat, vt eo casu valeat qui ex verbis cõcipi posit.* Fue visto, que conformandose con la disposicion legal quiso llamar à los naturales comprehendidos en la palabra generica *hijos, l. cognoscere, §. liberorũ, vbi gloss. ff. de verb. signif. l. Lutius* 88. *§. dama, ff. de legat.* 1. ibi: *Quia creditur appellatione filiorum & naturales liberos contineri, l. cum pater, §. volo. ff. de legat.* 2. *l. fin. de iur. deliber. l. hæredib §.* 1. *ff. ad Trebell.* Pereir. *resp.* 1. *num.* 12. ibi: *At verbum filius ita comprehendit legitimos, sicut naturales, immò proprios naturales cum sint à natura, quam legitimos cum sint à lege, & iure positivo, vnde nomen acceperunt.* latè D. Castill. *tom.* 6. *cap.* 131. *à num.* 11. & probatur in *l.* 27. *Taur. & in l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 5. *& in l.* 30. *tit.* 14. *part.* 4. donde se dize, que el hijo del Conde es ilustre, yà sea legitimo, ò yà natural.

105 Y se confirma esta sentencia con la decisiõ

de

de Vlpiano *in l. generaliter*, *§. spurius*, *ff. de Decurion.* Donde resuelve, que para este oficio, que oy es de Regidor, se admita el hijo legitimo, y que faltando este, pueda entrar el natural; luego no aviendo tenido hijos legitimos de matrimonio el primer llamado, abràn de entrar los naturales en este mayorazgo, y oficio de Regidor, y Alferez mayor de Salobreña, en que por la decision de dicho texto estàn admitidos, y por costumbre de España; y por ella, y por la disposicion de la *l. 2. tit. 3. lib. 8. Recopilat.* estàn excluydos los Estrangeros de tener estos oficios, vt infra *in 5. art.* Luego abra de suceder D. Luis, como natural, à falta de legitimos, y serà excluido D. Iuan Baptista, como Estrangero, y de otro Reyno.

106 Sin que obste el dezir, que la calidad puesta al principio de la clausula de legitimos, y en aquel caso de tenerlos el primer llamado, se entiende repetida despues en los demas, y assi se puede extender al caso de no tenerlos, que se excluyan los naturales, y se admita el transversal substituido por aquella opinion de Abbas, *cons. 26. nu. 6.* cum relatis a D. Castill. *tom. 2. cap. 4. à num. 10.* que admite la extension de vn caso à otro, y de vna persona à otra; porque sin embargo de que la contraria opinion es mas cierta, scilicet, que la repeticion, y extension, si no se prueva, no se entiende hecha de vna persona à otra, ni de vn caso à otro, que es de Ananias, *cons. 23. num. 3.* à quien siguen, como mas comun, y verdadera mas de veinte AA. q̃ junta Casanat. *cons. 6. num. 18.* y la mesma defienden infinitos apud Fussar. *quæst. 403. num. 6.*

107 Aqui no puede correr la extension: lo vno, porque aviendo puesto el Fundador al principio la calidad de legitimos, y en aquel caso, si quisiera que siempre la huviessen de tener, lo expressara, como cosa de tanta importancia; y assi se entiende lo dexò debaxo de la disposicion de Derecho, que en la palabra *Hijos* comprehende los naturales, *l. item apud Labeonem. ff. de iniurijs, cap. 2. §. sed neque de translat. prælat. cap. ad audientiam de*

decim. l. vnica, §. sin autem, C. de caduc. tollend. fundamẽtos, de que con otros se valiò en los mismos terminos Tiber. Decian. *volum. 2. resp. 1.* & melius Peregrin. *de fideicommis. art. 16. num. 34.*

108 Lo otro, porque aviendo restringido el Fũdador la calidad de legitimos al caso de tenerlos el primer llamado, y siendo la restriccion contraria à la extension, no puede darse repeticion presumpta para inducirla del caso de tenerlos, que se admitan al de no tenerlos, que se excluyan los naturales, quod naturæ maioratus repugnat, & extensionem de casu ad casum, de linea ad lineam, & persona ad personam non admitit, vt ex *gloss. in l. Lutius, ff. de liber. & posth.* cum pluribus resolvit Fussar. *de subst. quæst. 458. num. 1.* & probatur in *l. is qui opem, ff. de furt.* ibi: *Quia qualitas addita alicui subiecto restringitur ad illud, l. ea tamen adiectio, l. hoc legatum, ff. de legat. 3.* Menoch. *cons. 29. n. 30.* Fussar. *quæst. 321. num. 26. & 27.* Surd. *de aliment. tit. vlt. quæst. 36. num. 17.*

109 Y mas quando el Fundador no tenia obligacion ninguna de dexar el mayorazgo à los hijos legitimos del primer llamado, y pudiera dexar instituidos à los naturales; excluyendo los legitimos, pues como estraño se reputava, respeto de no ser ascendiente, sino transversal. Argumento de que con sutil elegancia se valiò para prueva de esta conclusion Tiber. Decian. *cons. 31. num. 5. volum. 3.* ibi: *Extraneum autem appellant quemcumque, qui non sit descendens, & quem instituere testator non tenebatur, vt frater, soror, & alij transversales, vt per Bald. probat text. in §. cæteri, instit. de hæred. qualit. Salicet. in Authẽt. si qua mulier, quæst. 6.* Y el mismo Decian. in sæpius alegat. *resp. 1. num. 40.* ibi: *Sed in nostro casu non sunt substituti descendentes testatoris, sed transversales, qui dicuncuntur extranei, vt omnes, qui non sunt de ascendentibus, aut descendentibus.* Y alega muchos AA. para prueva de la conclusion, y fundar, que en tal caso no se admite la extension, y repeticion de vn caso à otro, quando los substituidos son transversales.

Tùm

110 Tùm denique nam quotiescumque ex tacita repetitione aliquid inducitur, vel innovatur contra iuris regulas, repetitio cessat, & nequit fieri, D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 57. & lib. 1. cap. 6. num. 23.* Mier. *2. part. q. 6. num. 76.* Si en el caso de este pleyto admitieramos la repeticion, ò extension de legitimos del caso de tenerlos al de faltarle, y solo tener naturales, vinieran à quedar excluidos, como pretende su contrario. Esto es contra la disposicion de Derecho Comun, y Regio, que los admite; luego no se puede inducir repeticion para excluirlos: Ita probatur ex eleganti Menoch. *cons. 95. num. 1. volum. 1.* dõde dize: *Quod si consuetudine, vel statuto alicuius Provinciæ receptum sit, vt admitatur aliquis ad maioratum sine aliqua qualitate veluti, quod admitatur filia fœmina in exclusionem masculorum alterius lineæ, quod isto casu non inducitur repetitio adversus statutum, vel consuetudinem regionis.* La razon es, por que el Fundador siempre es visto conformarse con los estatutos, y costumbre de la tierra, vt ex Bald. *in l. hæredibus, §. Titius, ff. ad Trebell.* tenet cum multis Gald. Pereir. *in l. si curatorem*, verb. *Sine curatore, C. de in integr. restit.*

111 Y quando todo cessara, y se pudiera admitir la extension, ò repeticion, fuera en caso de concurrir vn hijo natural con vn descendiente legitimo del primer llamado, aunque remotioris gradus, en quien pudiera verificarse la calidad de la repeticion, no empero faltando, como aqui, y no aviendo de la linea mas que el hijo natural, que concurre con el transversal substituido de otra, vt sup. à *num.* 102. fundavimus. Y porque conforme à derecho en los nombramientos especiales calificados no se induce repeticion para excluir a los que no tienen aquella calidad, sino solo les da prelacion a los que la tienen, y faltando estos, como no ay quien les prefiera, entran aquellos a quienes les falta la calidad ex rationibus supra à *num.* 103. perpensis. Y assi, parece que fue la voluntad del Fundador de este mayorazgo, scilicet, que teniendo hijos legitimos Dõ

Iulio

Iulio, se prefiriessen estos, y que faltandole, entrassen los naturales, con prelacion à los substitutos transversales. Cō lo qual nos parece queda respondida la quarta oposicion, que de contrario se ha hecho.

112 La quinta, y sexta, de que en los feudos, y encomiendas de las Indias no se admiten los naturales, ex D. Castill. *cap.* 82. *nu.* 19. & 24. D. Solorçan. *tom.* 2. *lib.* 2. *de Indiar. gubernat. cap.* 17. *num.* 1. 20. & 21. se desvanecen conque no es lo mesmo la sucesion del feudo, que la de el mayorazgo; porque en la investidura de aquella ay condicion expressa, de que los sucessores ayan de ser de legitimo matrimonio nacidos, y asi el §. *naturales si de feud. defunct. fuer. contr.* dispone la exclusion de naturales por la regla de los feudos: mas la de los mayorazgos de España no dispone tal, sino lo contrario, que es admtirlos, y asi no se puede adaptar vn caso, ni vna sucesion à otra, por la diferencia tan grande, vtque ita in individuo notat Dom. Larr. *dict. decis.* 32. *num.* 57. donde con Alvaroto, Ripa, Corras. Rosental, y otros feudistas dize, que si la investidura del feudo dixere que sucedan todos los hijos nacidos, y que nacieren, que entonces entrarán sucediendo los naturales descendientes à falta de los legitimos.

113 En las encomiendas tambien corre lo mismo, que en los feudos; porque en los titulos que se despachan se dispone asi, y porque el fin de la concesion de ellas fue la poblaciō, y aumento de aquellos Reyno, y q̄ invitados con este premio los hombres se casassen, y teniendo alli sus mugeres, y hijos, permaneciessen en aquellas Provincias tan distantes: & ita proponit D. Solorçan. *dict. cap.* 17. *num.* 20. ibi: *Mirum non est, si lex nostra, quæ cōmendarum successionem induxit, eosdem ab eadem excluderet, maximè cum in hac lege vt tetigimus in cap. præcedenti, num.* 15. *& seqq. id potissimè curatum fuerit, vt homines in Provincijs Indiarum vxores ducerent, & ex illis plurimos legitimos liberos procrearent, vt sic his veluti retinaculis in eisdem Provincijs permanerent, & eas civi-*

bus

civibus replerent. Cuyas razones nõ corren en los mayorazgos de España.

114 A la septima razon D. Castill. de que por derecho Divino estàn excluidos los naturales por el 21. de el Genes. que se le mandò à Abrahan no hiziera heredero à Ismaèl hijo de Agar, con Isaac hijo de Sarra la muger propria. Responde mejor que yo puedo D. Larr. *decis.* 32. *nu.* 58. Guzm. *verit.* 5. *nu.* 61. y assi escuso el proponer sus discretas razones, diziendo solo con la *l.* 11. *tit.* 13. *part.* 3. q̃ dispone lo mismo que el *cap.* 21. *Genes.* y el *cap.* 11. *lib. iudic.* del caso de Iepte, que los hijos naturales no sucedan, ni se admitan con los legitimos, sino que faltando estos, han de entrar à suceder; y assi nihil obest prædicta oppositio. Ademàs de que como considera Guzm. y el mismo text. lo dize: Ismaèl sucediò en vn mayorazgo, que le dexò su padre Abraham, distinto del de su hermano legitimo Isaac. Y como afirma el Cardenal Cayetano super *dict. cap.* 11. *Iudic.* los hijos naturales concubinarum, sucedian en los bienes, y herencias de sus padres.

115 Demàs de las dichas razones, à que parece dexamos hactenus satisfecho, dizen, que por costumbre de España (à pesar de sus padres, y de los Fundadores de los mayorazgos) estàn excluidos los naturales, y demàs de ser incierto, pues no lo pruevan, ni podràn provar, caso negado que la huviera, siendo contra razon natural, y contra leyes, y disposiciones juridicas, de ningun modo se debe atender, text. *in cap. consuetudinis de vsu, & consuet.* Y assi no aviendo ley en que se funde esta exclusion, ni razon para ello, tantas si como se han traìdo, y fundado para admitirlos; luego no se puede atender à vna costumbre, que contra natural razon dizen se ha introducido, vt docet, D. Cyprian. *in Epistol ad Pompey.* S. Agust. *lib. contra donatist. cap.* 6. ibi: *Nemo consuetudinem rationi, & veritati præponat, cap. veritate manifesta, dist.* 8. D. Thom. 1. 2. *quæst.* 90. *art.* 1. Bald. *cons.* 312. *lib.* 3. latè Cabed. *decis.* 5. *num.* 4.

 Y aun-

116 Y aunque por la parte contraria se quiera esforçar con algunos exemplares, demàs de que seràn en casos de no estar los hijos naturales, como aqui, reconocidos por sus padres, ni provada la filiacion; y llamados los legitimos de legitimo matrimonio nacidos, ò con exclusion expressa de ilegitimos, y asi no se podràn seguir para la introducion de costumbre, sino à las leyes, y razon natural que los admite, iuxta elegantissimum cons. D. Præsidis Valenç. Velazq. iurisprudentiæ lumen, & eruditionis splendorem *cons. 69. num.* 215. y mas en materia de mayorazgos, vt tradunt Fussar. *quæst.* 622. *nu.* 30. Statil. Pacific. *de Salvian. interdict. insect. 4. cap. 1. num.* 138. cum alijs Menoch. *cons.* 500. *num.* 7. *cons.* 668. *num.* 38. & *cons.* 904. *num.* 68. Add. ad D. Molin. *lib. 4. cap.* 8. *à nu.* 12.

117 Sin embargo de que por cada exemplar q̃ nos traygan, pudieramos en terminos indiuiduales referir mas de 20. en favor de los naturales del vltimo posseedor en cõpetencia, y exclusion de los substitutos transversales, nos contentarèmos con traer à la memoria los mas especiales; y sean los primeros, seis casos que refiere Marc. Anton. Peregrin *cons.* 54. *tom.* 2. *nu.* 7. relatus supra *num.* 92. en favor de hijos naturales de el vltimo posseedor en fideicomissos, fundados algunos por transversales con obras pias substituidas en otros, y que asi se determinò por el Senado de los Quarenta de Venecia, sin que otra decision contraria se pudiesse hallar en favor de los transversales. El caso de Tiber. Decian. *resp.* 1. per tot. en los mismos terminos determinado à favor del hijo natural.

118 Y el de Nigr. Cyriac. *controv.* 207. *cum* 2. & *seqq.* en favor de vn hijo natural legitimado en mayorazgo, ò vinculo, que expressamente llama legitimos. Y de otros Tribunales, y Iuzgados del mundo refiere la misma practica, y costumbre Doct. Martha, *de success. legal.* 1. *part. quæst.* 2. *art.* 3. *à num.* 16. *cum seqq.* donde tambien testifica de la practica de este Senado, y Real Chancilleria de Granada, que los admite en competencia de transversales, y à

las

las honras, nobleça, y privilegios de que gozaron sus padres. Y asi se executoriò en la Real Chancilleria de Valladolid en favor de el hijo natural de aquel Cavallero del Orden de Alcantara, vltimo posseedor del mayorazgo, contra el transversal, con otros casos que alega el Doctor Alphōs. de Azebed. *cons*.24.*dub*.3.*à n*.20.

119 Las que trae D. Francisc. Hieron. de Leon, *tom*.1.*decis*.81.*à nu*.3. Y aunque en el *nu*.8. pone la duda de si podran suceder los naturales quando la fundacion del mayorazgo tiene grauamen de apellido, y armas, y en el *nu*.9.*y* 11. alegue las razones contrarias. D. Molin. de que los naturales no las pueden traer, ni conservar por derecho comun, concluye, que han de suceder en este caso; porque no solo en España, sino en toda la Christiandad los naturales, y aun los bastardos, traen, y pueden traer enteramente en sus sellos, casas, reposteros, &c. las armas, y apellido, y son tan ilustres, y nobles como sus padres, y entran à suceder en sus bienes, y hazienda, y asi lo assegura del Reyno de Toscana, y Florencia, principal Provincia de Italia; y de el Delphinado, que lo es de la Francia; para que el Abogado contrario se convença del error que padeciò en la proposicion que hizo en Estrados, de que en Francia los naturales no traian las armas de sus padres si no con vna nota, vanda, faxa, ò aspa, como si fuera sambenito el ser natural, ò bastardo, siendo nazido de vn hōbre noble, y principal. Y si acaso en Francia lo hazen, es cosa bien ridicula, y que no se puede alegar; pues en España, como dize Nicol. Garc. *de benefic*. *tom*.2.*cap*.15.*nu*.45. con otros 16. AA. que junta del mismo sentir, los hijos naturales, gaudent nobilitate parentum sunt de domo, genere, agnatione, familia, stirpe, sanguine, linea, & parentela, & possunt portare arma, & insignia eorum. Y asi lo vemos que las ponen, por lo qual, y que en Valencia sucede lo mismo, donde escriviò la decis. concludit, *nu*.17. auerse asi determinado, y juzgado por aquella Real Audiencia en diversos casos, y en especial à fauor de doña Violante de Roda, hija natural del vltimo pos-

see-

ſcedor contra el tranſverſal en mayorazgo que llamaua hijos legitimos.

120 Las deciſsiones de eſta Real Chancilleria fuera proceder in infinitũ referirlas, apuntarèmos las mas individuales, y de que con facilidad ſe puedẽ ſacar teſtimonios autenticos de los oficios de los Eſcriuanos de Camara, y ſea la mas principal, quam tradit D. Larrea, *deciſ.* 32. *nu.* 54. en fauor de doña Catalina Ponçe de Leon, hija natural de D. Pedro Ponçe, Conde de Baylen, que en vn mayorazgo de tanta dignidad, y tan grande Eſtado, en competẽcia del Duque de Arcos, de D. Pedro Ponçe, D. Eugenio, y otros opoſitores tranſverſales obtuvo ſentencia de reviſta en fauor con tres Salas enteras, ſiendo Preſidente meritiſſimo el ſeñor Doct. Lorençana, y todos los demàs ſeñores Iuezes, varones inſignes en letras, virtud, y experiencia, para que ſe vea quan ſin razon en los mayorazgos de Dignidad, por la opinion de Vlpiano interpretada contra los naturales, ſe les quiere excluir; pues aqui fue admitida vna muger natural à tanta Dignidad en opoſicion de vn Duque de Arcos, Grande de Eſpaña, y de otros Señores, y Caualleros de no menor nobleza, que la competian.

121 De mayorazgos ordinarios ay Executorias en fauor de doña Iſabel de Vargas, hija natural de D. Iuan de Vargas, vezino de Anduxar, que excluyò à D. Franciſco ſu tio: otra de doña Angela Pinelo, vezina de Murcia, hija natural de D. Iuan, que ſucediò en el mayorazgo de los Pinelos, y excluyò à doña Violante ſu prima hermana, vezina de Genoua, que era tranſverſal ſubſtituida, y el caſo en terminos miſmos de eſte pleyto, y de hijo natural, en competencia de tranſverſal Ginouès: otra, de doña Maria Ramirez, vezina de Guadix, que excluyò al Doctor Freſneda, primo hermano de D. Iulian Ramirez ſu padre, ſiendo expreſſamente llamado, y ſubſtituido: otra de la miſma forma, en fauor de D. Iuan de Santander, vezino de Eſtepa: y otra de Mariana Perez de Riuera, hija natural de Gaſpar Perez de Ribera, Ventiquatro de eſta Ciudad, contra D. Gõ

çalo

çalo Perez de Ribera su sobrino. Y otra en fin, Señor, mas moderna, que todas, en cuyo pleyto fuy yo Abogado, y passò en la Sala del Escriuano Cordoua, en fauor de D. Francisco Alphonso Fernandez Cano, hijo natural de D. Alonso Fernandez Cano, vltimo posseedor del mayorazgo que fundò Iuan Fernãdez Hidalgo, en cõpetencia cõ D. Leonor Fernãdez Gragera, sobrina, hija de hermano del Fundador, vezinos del Almẽdralejo, aviẽdo sido fundado del quinto de los bienes, en q̃ cõforme à derecho no tiene obligaciõ à llamar ilegitimos, y puede instituir vn estraño, vt notãt Matienç. Avendaño, & alij, *in l. 27. Taur.* Y cõ facultad Real, que es mas, y teniendo calidad expressa de legitimos todos los llamamientos, y no obstante obtuve sentencias de vista, y revista en el juyzio possessorio en fauor del hijo natural por Febrero del año passado de 690. de que fueron Iuezes los señores Don Manuel de Arçe y Astete, Cauallero del Orden de señor Santiago, del Consejo Real de Castilla, dignissimo Presidente de esta Chancilleria, D. Fernando Irauedra de Paz, D. Luys de los Rios, y D. Ares de Taboada.

122 Et denique referre sufficiat *decis.* 167. del Senado de Portugal, apud Gamm. donde se determinò à fauor de vna hija de la Esclaua de su amo, que despues consiguiò libertad, dandole la sucession del vinculo contra vn pariente substituido, haziendo faltar la condicion si sine liberis, de qua *in §. si quis rogatus*, & Flores de Mena, plures allegat, para que se vea quanta ha sido siempre la piedad Christiana, attenta naturali ratione erga naturales filios vltimi possessoris, & eius lineæ primo vocatæ ad succession nem maioratus; pues meo videri caso mas apretado que la decission de Portugal no puede ser. Y assi baste de referir decissiones, quarum multitudinem si vellem recensere, ante diem clauso componeret vesper Olympo, & prius mihi dies, quam sermo deficeret.

123 Y solo con razon afirmarèmos, que por ser de tales Tribunales, maximè de tan gran Senado como este, y el de el Real Consejo, como lo refiere Azebedo, no solo

en fuerça de exemplares se han de atender si, como leyes se podràn seguir, y en fuerça de tales las proponemos, y alegamos, como nos lo ordena el Emperador, *in l. final, C. de legibus*, cum multis quos ibi congerit August. Barbos. *nu.* 1. & 8. *l.* 1. *§. eodem. ff. ad Sillanian. l. filius familias* 11. *ff. ad l. Corneliam de fals.* cum alijs Barbos. *collect. ad cap. in causis per textum*, ibi: *De re iudicat.* D. Castill. *tom.* 5. *cap.* 86. *à nu.* 97. Petr. Erod. *in pandect. rer. iudic. in praefat. à nu.* 1. Conque la costumbre que de contrario se alega queda desvanecida con la contraria, verdadera por tãtos casos introducida, y en tantas razones fundada. Y bastauan solos dos, ò tres exemplares, como dizen Thesaur. *in proem. decis. nu.* 32. Cabed. *decis.* 212. *num.* 5. D. Castillo, vbi proximè, *nu.* 97. Què serà, Señor, donde ay tantos, y tan expressos en fauor de los hijos naturales?

124 Y aunque estuvieramos en duda de opiniones, aviendose de estar à la mas verdadera, y mas prouable, vt cavetur in Bulla Innocentij XI. expedita anno 1679. y siendolo esta que fauorece la sucession de los hijos naturales; pues tiene en su fauor la antiguedad por derecho civil, y Regio, vt *à nu.* 69. diximus: tiene en su fauor la costũbre por tantos casos introducida: tiene por si la regla de Papiniano, sin poderse verificar las excepciones de Vlpiano: tiene en su fauor la piedad natural: tiene en su fauor la razon: tiene la equidad: y tiene en fin la justicia; se avrà de seguir, y atender, y no la contraria, aunque la defendieran muchos Autores; y por esta huviera vno solo, & ita resolvit Imperator. *in l.* 1. *§.* 6. *C. de veter. iur. enucleand.* ibi: *Sed neque ex multitudine Authorum, quod melius, & aequius est iudicatote, cum possit vnius forsitam, & deterioris sententia, & multas, & maiores in aliqua parte superare*: Y mandando, que en duda se estè à la opinion de los que siguen la sentencia de Papiniano, dà la razon: *Nam qui subtiliter factum emmendat laudabilior est eo, qui primus inuenit.*

125 Porque si la opinion contra los naturales

es

es opuesta à la razon, aunque tenga mil defensores, no se debera considerar; vt in simili notat doctissimus Ant. Faber, *de error. pragmaticor. decad.*48.*error* 6. donde disculpandose de no juntar jamàs nomenclatura de Autores para prouar su sentir, dà la razon, ibi: *Nec enim sum ego cumulator interpretum, qui meo iudicio omnium ignobilissimus labor est, sed interpres etiam ipse quantum ingenioli mei tenuitate licet, parũque obest, vt malim esse malus interpres, quam malorum cõgestor, & approbator.* Et eandem sententiam sequuntur plures congesti à D. Salgad. *de Reg. protect.* 2.*p. cap.* 1.§.3.*à nu.*23.*ad* 27. Paul. Comitol. *respons. moral. lib.*5.*q.*15.*nu.*6. D. Larrea, *decis.*66.*nu.*10.

126 Y quando todo cessara, y las razones contrarias pudieran hazer fuerça contra los naturales mayor, y de mas peso, y ponderables en la dignissima consideracion de V.S. han de ser las de la piedad erga naturales filios, que advirtiò Iustiniano, *in l. humanitatis, C. de natur. liber.* q̃ es la misma que para con los legitimos, vt ex *l. hos accusare*, §.*in omnibus de accusat. l. vxorem*, §.*codicillis, ff. de legat.* 3. vbi *Pietas quæ propria est parentum, & filiorum, habenda etiam de naturalibus, l. parentes*, vbi DD. *de in ius vocando.* vbi *nec filius quidem naturalis potest vocare patrem in ius sine venia, quia vt ibi dicitur, vna omnibus æqualis est seruanda reuerentia*: Et ideo Baldus, & ibi DD. asserunt, *nil differre naturales à legitimis in his, quæ ad naturam pertinent, qualis est affectus, amor, & reuerentia, l. adoptiuus*, §. *seruiles, ff. de ritu nupt.* per quam dicit Ancharran. *cons.*225.*col. penult.* *quod proles naturalis habetur pro legitima, quoad naturale fœdus.* Bald. *in cap. quæ, col. vlt. de const. quod filij illegitimi communis est pietas, communis est amor, & sicut potest defendere legitimum filium, ita, & naturalem, & econuerso naturalis defendere patrem, quia natura est eadem, neque constitutio naturam potest immutare, aut coartare naturales stimulos beneuolẽtiæ, l. amicissimos*, §. *Lucius, ff. de excusat. tutor. l.*2. & 3. *ff. de liber. caus.* Y por esto se deben los alimentos, tanto à

los

los hijos, como à los padres naturales, *l. nam & si parentibus, ff. de liber. agnosc.* Y de la misma forma incurre en pena de parricidio el que mata al hijo, ò padre natural, que al legitimo, vt hæc, & alia cõsiderat Tiraq. *de pœn. temper. caus. 20. nu. 12. & in l. si vnquam*, verb. *Donatione largitus, nu. 288. C. de reuoc. donat.* à quo omnia ista transtulerunt, & mutuarunt, Plaz. *in epitom. delict. cap. 22. à nu. 12.* Tiber. Decian. *tract. crimin. lib. 9. cap. 8. num. 8.* & eruditissimus omnigena litteratura D. Solorçan. *de parricidijs, lib. 2. cap. 3. à nu. 3.*

127 Et vt optimè notat Francisc. Conan. *lib. 2. comment. cap. 16.* ibi: *Lex natura nullis se angustijs includi passa est, eodemque iure filios omnes quomodocũque nati essent, habuit: tam pater est eius instituto, qui ex concubina, meretrice, ancilla, consobrina, quam qui ex iusta sobole liberos suscepit.* Et ideo recte dixit Euripides, *apud Stob. serm. 59.*

Ego mihi filios adsciscere Nothos non dubito,
Cum enim legitimis nulla in re sint inferiores,
Propter leges male audiunt, quas tu cauere debes:

Et apud eundem Stob. *serm. 44.*

Nothum genus nomen habet culpabile;
Natura verò æqualis est.

Et si naturales filij habuerunt manum Dei opificis, nec dedignatus est Deus eos fingere, & animam dare, vt ex verbis, Doctissimi Ann. Robert. *lib. 2. rer. iudicatar. cap. 14.* vtar, & traditur etiam *in cap. nasci 56. dist.* & vt inquit Fulvius Patian. *de probat. lib. 2. cap. 17. à nu. 40.* ibi: *Accedat quod legitimis, & illegitimis non solum communis est natura, communis cibus, communes morbi, communis interitus, sed etiam communis omnium est pater Dominus Noster Iesus Christus, qui sicut ipse voluit nasci ex incestis suorum coniunctionibus: nam Iudas Patriarcha concubuit cum Thamar nuru sua ex quo nati sunt Phares, & Zaram, & inde successiuis gradibus Salmon, Booz, & postea Isai, qui fuit Pater David, ex cuius radice natus*

est

est Salvator noster, cap. Dominus 56. dist. D. Chrisostom. homil. 83. super Math. Paleot. *de noth. cap. 55. num.* 10. Sobre cuya consideracion escusamos extender el discurso por abreviar.

128 Si esto es assi, por què razon, lo que Dios, lo que la naturaleza, y la piedad Christiana les concediò, se les ha de quitar? y el remedio, y hazienda de sus padres, prefiriendo a otro pariente transversal al hijo natural, no mas de por que la suerte de su nazimiento no le diò legitimidad, ni èl tuvo culpa, ni estuvo en su mano el nazer sin ella; pues la naturaleza no cita, ni previene à ninguno para eleccion de concebirse, y nazer, que si lo hiziera, seguro, y cierto es, que escogiera lo mejor. Y ya, Señor, que no naziò por culpa de sus padres legitimo, sus costumbres, su vida, sus atenciones, y honrados procedimientos le hazen digno de la nobleza, priuilegio, dignidad, y estimacion de que gozò su padre, como podemos con justa razon decirlo de la virtud, y modestia de D. Luis: *Itaque tali exemplo,* (verba sunt Patian. vbi proximè *num.* 45.) *crimen parentum in generando tali filio obesse non debet, nec in eo spectandum nascendi primordium, sed viuendi modum, qui si tam laudabilis est, nec à diuinis, nec à mundanis dignitatibus eiicietur.* Como fueron muchos Patriarcas, Profetas, Reyes, Principes, y Señores naturales, espurios, y bastardos, que refieren Guzm. *d. verit. 5. nu.* 17. y S. Chrisost. *homil. 3. super Math.*

129 Mayormente, Señor, quando la fundacion de este mayorazgo fue vna mera liberalidad, que el Testador quiso hazer, dexandolo instituido en todos sus bienes, para que D. Iulio, y sus hijos quedassen acomodados, y vna gratuita donacion, procedida de natural cariño que le tuvo, en que no el rigor de derecho civil, no las sutilezas de los Interpretes, no los apices de la curiosidad, si la natural razon se ha de mirar, vt erudite admodum orator ille insignis, & iurisconsultus Aurel. Robert. *lib. 2. rer. iudic. cap.* 14. *pag. mihi* 475. dixit: *At quoties de beneuolo affectu, &*

amica voluntate agitur, hoc omne naturali iure non ciuili recenseri opportet, donationes autem ex sola affectione, & gratuita donantis liberalitate pendent, vt non sit nouum, aut insolens naturales liberos donationum, quæ ab afectu pendent censeri capaces. Sic de Abrahamo refert Sacra Scriptura. Genes. cap. 25. Dedit Abraham cuncta quæ possederat filio Isaac, filijs autem concubinarum reliquit munera. Nihil sponsaliorum ceremonia, nihil tabulæ nuptiales, & matrimonij solemnia ad amorem, & afectum naturalem addunt.

130 Y por esso el testamento imperfecto, ò minus solemne en que el hijo natural, es instituido (por la permissi on de la *l. 10. de Toro*) es valido, y por èl entra à suceder en los bienes, & ita est communis opinio, vt ex Paul. de Castro, *in l. hac consultissima, §. ex imperfecto.* Guillerm. Benedict. *in cap. Rainuntius*, verb. *Testamentũ* 1. *nu*. 83. D. Couarr. *in* 4. 2. *part. cap*. 8. *§*. 4. *nu*. 13. Ceuall. *quæst*. 5. cum alijs tradit August. Barbos. *de appellat. verb. vtriusq. iur.* verb. *Filius, num*. 45. que dà la razon ibidem, y es la misma que queda ponderada de la piedad, amor, y beneuolencia natural erga naturales filios. Y por la misma tienen el priuilegio de la Authentica *Res quæ, C. commun. delegat.* para que los bienes del vinculo, y fideicommisso se puedan dar, y enagenar para dote, y capital de los hijos, y hijas naturales, vt tenent Iasson, *in dict. Auth. lim*. 7. D. Padilla ibidem, *à nu*. 62. August. Barbos. vbi proximè, *nu*. 46. Y la disposicion de la *l. si vnquam, C. de reuocand. donat.* non solum locum obtinet in legitimis, sed etiam in naturalibus, ob quorum natiuitatem reuocatur ipso iure donatio extraneo, vel consanguineo facta, vt ex Ripa, D. Couarruv. & alijs tenet Barbos. vbi supr. *num*. 46. Lo qual se puede adaptar à este caso, en que el Fundador dexò el mayorazgo al substituto transversal, en caso de no tener hijos el instituido: y assi, aviendolos tenido, aunque naturales, cessò el caso de la substitucion por el nacimiento de los naturales, vt in individuo huius institutionis habere locum

dis-

dispositionem *d. l. si vnquam*, rectè considerat Melchior Febo, *decis.77.nu.20.y 21.*

131 Para que tambien se convença contra si el argumento que el Abogado contrario hizo en Estrados, de que por auer sido esta fundacion vna mera liberalidad de dexar su hazienda el Fundador à quien quiso, no teniendo obligacion à llamar al hijo natural, pudo llamar al transversal, excluyendolo; porque por el mismo caso que fue liberalidad, y no obligacion de llamar à vno, ni à otro, se entiende primero llamado, y antepuesto el hijo natural del heredero instituido à el transversal substituto por las razones referidas, y disposicion de la ley *si vnquam*, considerada por Melchior Phebo.

132 Si los hijos naturales tienen otros priuilegios, como es admitirse al retracto de los bienes de la familia, y à los troncales, vt ex Tiraquelo, & alijs notat Gutierrez, *quæst.155.à num.2.* Azebed. *cons.24.nu.26.* Y suceden en los Patronatos, Memorias, Capellanias, y obras pias, vt ex Lambertino Rocho de Curte, D. Lara, Gomez, Bayo, Peregrin. *cons.34. num.11. lib.1.* & alijs notat Barbosa vbi supr. Y en todos los casos que la disposicion de derecho habla de hijos se comprehenden los naturales, y demàs ilegitimos, vt idem Barbos. tenet, dict. verb. *Filius, num.36.* ex text. *in l. illud. ff. ad leg. aquil. cap. cum dilecta, de confirm. vtil. vel inutil.* cum alijs. Y por todos derechos, y costumbre general de España gozan de tan inumerables priuilegios; pues hasta de derecho civil fundaron Philipo Corneo, y otros muchos, apud Gabriel, *communi titulo de fideicom. conclus.2. à num.67.* vt refert Cald. *de nomin. emphit. quæst.20. nu.24.* que pueden suceder à sus padres.

133 Nos parece no aver razon, para que por las mismas leyes, costumbre, y priuilegios se ayã de excluir los naturales, & omne id quod in gratiam, & fauorem eorum fuit concessum, in eorumdem dispendium, & damnum retorqueatur contra regulam, *l. quod fauore, ff. de leg. cap.*

quod

quod ob gratiam, de regul. iur. in 6. & traditur *in cap. penult. de pœn.* vbi: *Quod ad defensionis inventum est subsidium, ad depresionis dispendium retorqueri non debet.* Cõcil. Tridentin. *sess. 24. de reform. matrim. cap. 9.* ibi: *Maximè nefarium est, vt inde iniuria nascantur, vnde iura desiderantur.* Y asi se pudieran lamentar con Casiodoro, *lib. 4. epistol. 27.* ibi: *Detestabilis quidem est omnis iniuria, & quidquid contra leges admittitur iusta execratione damnatur, sed malorum omnium probatur extremum inde detrimenta suscipere, vnde credebantur auxilia prouenire.*

134 Y siendo esto asi, y que tanto afecto mostrò el Fundador para con el primer llamado; quien creerà que si viuiera, quisiera hazer vilipendio de sus hijos naturales tan nobles como su padre, y de tan loables costumbres, dexandolos à pedir limosna, y que viniesse vn pariente de otro Reyno à quitarles la hazienda, y quedassen en su patria à vista de los suyos mendigando, y su contrario opulento se fuera gozoso à la suya, con el logro de la natural avaricia, à que tanta propension tienen los de aquella Republica, tamquam spongiæ auri, & argenti nostri Regni, vt est notorium, & considerant D. Pizarro, *viror. illustr. vita 1. cap. 5. obseru. 1.* D. Salzed. *de leg. polit. cap. 15. nu. 32.* Y dexandolos à lamentar las tristes memorias de su estado, que es la mayor pena, como dixo Tulio: *Nihil infelicius quam ex beato miser.* Y que fuera tal la ventura de D. Iuã, que porque no se casò Don Iulio con doña Iuana, por auerle preuenido la muerte, como està justificado, se verificasse el caso de su substitucion tan remota, hecha despues de las lineas de D. Iuan, y D. Lorenço, y les lleuara la hazienda, q̃ ayudò à ganar su padre, y le dexò su tio gratuita, y liberalmente, en recompensa de los beneficios, y asistencias que le debiò, y que no excediendoles D. Iuan en sangre, en nobleza, ni en otras naturales prerrogatiuas, pues se contentara con ser su igual: y siendo por hijo de hembra inferior en la qualidad, para suceder en los mayorazgos donde se contempla la agnacion, y no se puede cõservar por la mezcla

cla de otro apellido, vt conſiderat D. Molin. *lib. 2. cap.* 4. *num.* 29. Y en la hembra fenece, y acaba el linage, y familia, vt ex *l. pronuntiatio, in fin. ff. de verbor. ſignific.* Y D. Luis por la calidad de varon agnato, hijo de varon; y natural hijo del vltimo poſſeedor, en quien ſe conſerva la agnacion, y familia, y de la linea predilecta, ex notatis à D. Larrea, *deciſ.* 32. *num.* 39. *&* 43. es ſuperior à Don Iuan: porque no ha de ſer preferido à èl? Y ſi eſte mayorazgo, aũ que confeſſemos, que en los de dignidad grande no puedẽ entrar los naturales, no tiene anexo ningun Ducado, Marqueſado, ni Condado, ſi ſolo el oficio de Alferez Mayor, y Regidor perpetuo de Salobreña, en que D. Luis tiene la admiſsion expreſſa de derecho, vt *ex l. generaliter*, *§. ſpurium, ff. de decur.* Y D. Iuan por Eſtrangero expreſſa excluſion por derecho Real, *l.* 2. *tit.* 3. *lib.* 7. *Recop.* como podrà entrar D. Iuan à ſuceder en èl?

135 Y ſi fuera tan venturoſo, que llegara à gozarlo, exclamaran por boca de Ieremias en el 5. de ſus Threnas, eſtos pobres Caualleros D. Luis, y ſus hermanos, diziendo à Dios: *Intuere, & reſpice opprobrium noſtrum hæreditas noſtra verſa eſt ad alienos, domus noſtra ad extraneos.* Quexarànſe con razon de ſu deſgracia, no del Fundador, que no los quiſo excluir, ſino ſolo preferir à los que tuvieſſe legitimos ſu padre; pues ſi viuiera, y viera eſte caſo hiziera qual otro Rey Pericles Atenienſe, que aviendo promulgado ley contra los ilegitimos: por juſtos juizios de la Divina Providencia, teniendo quando la decretò muchos hijos legitimos le faltaron todos, y ſolo le quedò vn baſtardo, y aſsi hizo derogarla, y mandò que ſucedieſſen los ilegitimos, como antes, vt refert Plutarcho en ſu vida, y Ann. Robert. *lib.* 2. *cap.* 14. *pag.* 476. cuyo lugar de Plutarcho, y otros, en comprouacion, tradit in vrgentiori caſu erudite admodum, maximaque ingenij ſolita facundia doctiſsimus magiſter meus huius regalis Cancellariæ advocatus D. Franciſcus Santaella Morales, in quadam allegatione ſuper maioratu *de los Caſtros*, pro D. Didaco

Antonio de Acuña filio bastardo seu spurio vltimi possessoris.

136 Porque si vn caso como este se les consultara, no solo à el Fundador, sino à los legisladores, y q̃ por vn accidente desgraciado de auer muerto la madre de Don Luis antes de casarse, como lo insinua D. Iulio en la carta presentada, les faltò tan poco para quedar legitimos de matrimonio, no es posible que dexaran de declararlos por tan legitimos como nazidos de èl, ni que quisieran en caso tan piadoso, fortuito, y accidental, precissar à las solemnidades que no pudieron intervenir, por auer preuenido la muerte à vno de los dos, qui contractum matrimonij ad implere cum superstite poterat, & volebat, vt egregiè considerat Quintilian. *declam.* 247. diziendo: *Id vobis, Iudices, facillimè persuaderi poterit, si non tam iniustos, neque tam imprudentes existimatis legumlatores fuisse, vt necessitate præstringerent ea quæ præstari non possent: quis enim credat eius conditionis esse iura vlla, vt aliquid nõ liceat, & necesse sit?* Mayormente aviendo la declaracion del padre, en que confiessa las esponsales de futuro con vna muger libre, y tan noble como èl, en quien no se presume concubinato, sino matrimonio per diutinam simul coabitationem, y los hijos que nazen son, y se tienen por legitimos, vt in terminis rectissimè notat Robert. *lib. 2. rer. iudicat. cap.* 17. *pag. mihi* 519. his verbis.

137 *Sed in casu non adeo dissimili, cum quidã mulierem per septenium concubinam habuisset, & filium, quem ex ea susceperat, asseruisset ex fide matrimonij filiũ suum legitimum esse, Pontifex ingenuum eum esse iudicat, & succedendi capacem, cap. per tuas extr. de probat. magno se fauore commẽdant procreati liberi, vt accedente matrimonij fide, ac publica patris assertione proles legitima censeatur. Quin ex quorumdam iurisdoctorum sententia sola patris professio ad hoc valet, vt matrimonium ritè contractum præsumatur Boer. decis.* 240. *quod ipse Iustinianus satis confirmat cum nouella sua cõstitutione* 117.

*§.*2.

§. 2. Statuit vt si quis filium, filiam ve quos ex libera, & ingenua muliere habuit legitimos in aliquo instrumẽto nominauerit, non alia certior matrimonij probatio requiratur, & ea patris professio sufficiat vt liberi succedendi iura habere existimentur. Etenim in liberæ mulieris coniunctione potius præsumitur matrimonium, quam concubinatus, l. in liberæ, ff. de ritu nuptiar. l. in concubinatu, ff. de concubin. Nimirum ergo si accedente qualibet patris declaratione, & fidei coniugalis assertione, tam vxor iusta, quam legitimi liberi censeantur. Vsque hic Robertus.

138 Atque ideo, quando los hijos nazen de muger libre, y tan noble como el padre, y sub præsumpto matrimonio, el derecho los tiene por legitimos, & indubio fauore innocentis prolis pro eorum successione, & legitimitate iudicandum, vt ex D. Menchac. Merlin. Gratian. Sanchez, Menoch. & alijs tenet Angel. Bossio, *tom. 1. moral. variar. part. 2. tit. 1. num.* 1397. & 1407. mayormente quando se halla en la possession de natural, y en la de los bienes, vt notat D. Crespi de Valdaura, *obseru.* 23. *quæst.* 5. *à num.* 36. Que es tambien la razon, porque como confessò el Abogado contrario en Estrados, los hijos de matrimonio putatiuo se tienen por legitimos, y suceden en los mayorazgos, y lo dize tambien en sus addiciones à Roxas, 1. *part. cap.* 4. *à num.* 30. & resolvit Doctissimus D. Olea, *de cession. iur. tit.* 4. *quæst.* 8. *à num.* 13. & Bossio, *de contract. matrim. cap.* 3. *nu.* 112. los quales, y en especial el Abogado contrario, plura in fauorem legitimitatis, & prolis adducunt, esto por la buena fee de los hijos que no tuvieron culpa de que sus padres no se casassen, y cumpliessen la promessa de futuro matrimonio, legitimandolos por este medio, y no por la razon que el mismo Abogado dixo de la buena fee de los padres, que juzgauan estar bien casados en aquel matrimonio que tenia algun impedimento dirimente, porque aqui ya no fuera matrimonio.

139 Y aunque fuera cierto, que la buena fee huviera de estar en los padres para contraer los esponsales, y

el

el matrimonio putatiuo, ò presumpto, como declarò Don Iulio. No ay duda en que aqui la huvo de parte de èl, y de doña Iuana; pues no tuvieron impedimento alguno, porq̃ aunque fuera cierto lo que falsa, y calumniosamente les ha opuesto su contrario de la comunicacion ilicita pendiente el primer matrimonio, aviendo sido este nulo desde su principio, y que como tal se declarò por la sentencia, fue como si no estuviera casada la D. Iuana, para tener la amistad, y darse ambos palabra de casamiento, sin el embarazo de los decretos del *cap. 1. & seqq. de eo qui dux in matrimon. quam poll. per adulter*, *cap. si quis viuente* 31. *q.* 1. que tanto se repitiò por el Abogado contrario; pues la disposicion de estos fue en reuerencia, y atencion del matrimonio valido, que no corre en vn matrimonio nulo, quod à iure nullum producit effectum, & ita in terminis ex Hostiens. Nauarro, Grafis, & alijs tenent Matienç. *in rubr. tit.* 1. *lib.* 5. *Recop. glos.* 1. *nu.* 183. & Doctissimus D. Franciscus Torreblanca, *de iure spiritual. lib.* 2. *cap.* 15. *section* 11. *num.* 16. Y por esso dispuso la Santidad de Vrbano III. en el *cap. cum in Apostolica* 18. *de sponsal.* que pudiessen libremente contraer segundo matrimonio pendiente la nulidad del primero, sin incurrir en la pena de bigamo, ni otra alguna, vt fundavimus supra in primo articulo *à nu.* 23. con los lugares de Barbos. Sanchez, Gutierr. y Transmiera de Poligamia à los quales, aunque como dixo se hizo cargo de ellos en Estrados, no satisfizo, ni pudo descargarse, por ser de tanto peso, verdad, y autoridad. Ademàs, Señor, que ni del hecho, ni del derecho de esta materia se puede tratar como mere Eclesiastico, y espiritual en este Tribunal, porque los Sagrados Canones la prohiben, vt in *cap. lator*, *cap. causam quæ qui filij sint lege*, cum multis Barbos. *de potest. Episcop. alleg.* 76. *à nu.* 21. cum traditis à nobis supr. *num.* 24.

140 Y assi, Señor, pues el derecho los tiene por legitimos, y por naturales los admite à la sucession de los mayorazgos, y su contrario es tan rico, y goza del primero

que

que se fundò en Genoua, contentese con èl, y dexe à estos pobres Caualleros, que aunque naturales, son naturales de España, y el otro Estrangero rico, y poderoso, y no han de pedir limosna à vista de la piedad de vn Tribunal de tanta misericordia, justicia, y razon. Gozen, pues, de los bienes, y hazienda que tuvo su padre, y dexò su tio, y tengan este remedio, que como dixo Casiodoro, *lib.4. epistol.41. Propositum regale est pressis labe fortunæ pietatis remedio subvenire, & acerbos casus iniuriæ meliore sorte mutare, & epistol.7. Propositum nostræ pietatis est iniuste periclitantium subleuare fortunas, quia quod aliena vi cõstat impositum trahere non possumus ad delictum; iniquum est enim vt hominis vitio deputetur, quod eius voluntate non regitur.* Y assi esperan en la razon, y justicia que les assiste, y en la piedad, y clemencia de tan gran Senado se declare la succession de este mayorazgo en fauor de D. Luis.

ARTICVLO QVARTO.

141 PRincipio es cierto, que qualquiera que intenta suceder en mayorazgo fideicommisso, ò herẽcia ante omnia, debe legitimar su persona, y prouar el caso de su substitucion, *l. si quis ita substituerit, ff. de vulgar. l. Titia, §. Caius, l. Lucius, §. pen. ff. de legat.2. glos. in l. qui duos, §. superstes, ff. de reb. dub.* & cum alijs D. Molin. Mãtic. Fusar. D. Castill. *tom.4. cap.9. nu.3. & lib.6. cap.118. à num.1.* Peregrin. *de fideicom. art.43. à num.6.* bastale al Reo demandado, que està en possession, como D. Luis, decir: de te non loquitur substitutio, persona tua non est vocata, & istum casum non comprehendit, ita D. Cardinal. Ludovis. postea Gregor XV. *decis.433. à num.1.* Cyriac. *contr.281. num.41.* Noguer. *alleg.37. art.2. n.41.*

142 Es fundamento de la intencion de D. Iuan el que ha sucedido en el mayorazgo de Genoua, como hijo de doña Isabel Gavi debe prouarlo, y que esta fue la sobrina substituida, *vt ex cap. tua de consang. & affinit.* notant

prædicti DD. & Peregrin. *d. artic.* 43. *à num.* 66. Y la misma que llamò el Testador, y el mismo hijo de ella, y del Doctor Lomelin, que substituyò à falta de los de D. Iulio, Don Iuan, y Don Lorenço, primeros llamados, con las calidades, y requisitos que se prueua la identidad de las personas de las tres demonstraciones que dixo Bartulo, de Nombre, Patria, y Apellido, *in l. demonstratio falsa, quæst.* 7. *nu.* 14. *ff. de condit. & demonstr.* Y otras que añaden la *l.* 1. *C. si vnus ex pluribus appelletur.* D. Iuan de Escobar del Corro, *de puritat. & nobil. prob.* 1. *part. quæst.* 16. Noguer. *alleg.* 25. *num.* 264. *& seqq.* D. Valenç. *cons.* 90. *nu.* 13. Melch. Lother. *de re beneficiar. lib.* 2. *q.* 11. *à n.* 121. & fere in terminis Cyriac. *contr.* 281. *à n.* 28. *ad* 33.

143 Solo en Genoua à prouado alguna cosa de la filiacion, porque en España no ay quien lo conozca, ni sepa que es el mismo, y solo Iuan Baptista Trula se extiende à decir, que conociò pequeño vn hijo del Doctor Lomelin, y de Isabel Gabi, que es lo mismo que dize el Marques de Campotejar. Y aunque los instrumentos, y informaciones de Genoua vienen certificadas, no hazen fee, ni prueua alguna, por los vicios de suposicion, y falsedad que en si contienen, porque se reduzen à vnos papeles escritos en vn idioma, que leido se hallarà, que ni bien es latino, ni bien Castellano, ni Thoscano, sino vn mal lenguage con mezcla de todos, que es vna de las graues presunciones de falsedad que considera el derecho. La diuersidad de estilos, y lenguas en los instrumentos, *cap. licet, §. illos,* vbi gloss. verb. *In forma de crimine fals.* Menoch. *cons.* 199. *nu.* 2. *& lib.* 2. *præs.* 20. *nu.* 17. Genoa, *de scriptur. priuat. quæst.* 6. *dub.* 7. *num.* 8. *&* 11. Augustin. Barbos. *vot.* 68. *num.* 54.

144 El estar escritos, como se puede ver, todos los papeles, informacion, y testimonios de diferentes letras, caracteres, y manos, que son vrgentes presunciones de falsedad. Barbos. vbi proxime, *num.* 52. Tiber. Decian. *respons.* 99. *nu.* 18. *lib.* 2. Strayban. *resol.* 11. *nu.* 19. Genoa,

supra

*supra nu.*5.*& dub.*5.*à n.*1. Alvar Pegas,*resol.forens.cap.* 19.*nu.*46.*&* 47. Y aunque dichos papeles se dize son hechos en Genoua, bien pudieron hazerse en el camino, y no pueden conforme à derecho, padeciendo estos viuos, y los demàs que se les han opuesto, hazer fee en Reyno estraño, hechos sin citacion de parte legitima, ni assistencia de D. Luis. Luego si D. Iuan no ha prouado en la primera instancia, ni en esta de vista con testigos, ni instrumentos su filiacion, y la identidad de su persona, ni ratificado con citacion de D. Luis, ninguno de los de Genoua no podrà ser admitido à pedir por defecto de legitimacion de la persona.

145 Y mas aviendose por parte de D. Luis redarguido de falsos dichos papeles, y no comprouadose por D. Iuan, como se debia en virtud de despachos compulsorios, sacados con citacion de D. Luis, que no pueden hazer fee, ni prueua alguna, *l.*115.*tit.*18.*part.*3. Gonçalez, & alij apud Fontanel.*decis.*291.*num.*14. cuya comprouaciõ debia ser justificando, que los Escriuanos, Notarios, y demas personas de quien parecen firmados (que algunas son Lomelinis) son los mismos que firmaron, fieles, legales, y que tenian Oficios publicos para poder subscriuir los despachos: que son estos los medios de la comprouacion de papeles traidos de otros Reynos, vt cum alijs tenent Patian.*de probat. lib.*2.*cap.*21.*num.*59. Parlador.*lib.*2.*rer. quotid. cap.fin.* §.11.*num.*16. Sin que estas diligencias se puedan escusar, maximè en materias graues, y de mucho perjuizio, como sobre la sucession de vn mayorazgo, vt in terminis con infinitos Autores, tenet Doctissimus D. Gabriel de Pareja, *de instr.edit. tit.*1.*resol.*3.§.2.*n.*48.

146 Y de no auerlo hecho assi D. Iuan en vn año, y mas que ha tenido de tiempo desde que sigue este pleyto, y no estando Genoua tan distante, ni su comercio tan dilatado que no pudiera facilmente auer comprouado dichos papeles, induzen la sospecha, y presunciones alegadas, y q̃ no es el mismo que pretende, y que los papeles, ò son de

otro,

otro,ò se hizieron en el camino; como lo consideran los dichos AA. hablando de los instrumentos que se lleuan de vn Reyno à otro, y aun de vn Lugar à otro en vn mismo Reyno.

147 Y quando lo huviera comprouado, no aviẽdo llegado el caso de su substitució, pues como fundamos; esta fue en caso de faltar los hijos de D. Iulio, D. Iuan, y D. Lorenço, y aviendolos de D. Iulio habiles, y capaces en este mayorazgo, y en el de Genoua, no puede auer llegado el caso referido: ademàs, que si se funda en que es sucessor de el mayorazgo de Genoua, y asi ha de entrar en este; èl mismo se contradize, alegando no ay mayorazgo de Genoua, y siendo la possession de este el medio de suceder en el de Salobreña, faltando este caso, que confiessa la contraria no llegò, tampoco llegarà el de la substitucion puesta, respecto a la persona posseedora del mayorazgo, que si no la ay, no avrà llamamiento, ni podrà extenderse del caso de entrar en la possession al caso de no fundarse, arg. text. *in l. si quis ita substituerit, ff. de vulg. & pupil.* ibi: *Non enim videtur in hunc casum substitutus.* Menoch. *cons.* 326. *n.* 13. *cons.* 242. *nu.* 12. Cephal. *cons.* 469. *nu.* 11. Mantic. *de coniect. lib.* 3. *tit.* 19. *nu.* 11. cum alijs Fussar. *q.* 31. *nu.* 32. *y* 33.

148 Y estando D. Luis como hijo de D. Iulio en ambos mayorazgos primero llamado, y antes substituido que D. Iuan, y teniendo D. Luis el llamamiento legal, podemos decir contra D. Iuan lo que Surdo, *cons.* 119. *num.* 16. ibi: *Ex lectura testamenti dignoscitur nullam illi factam esse substitutionem, &c.* Y con la decission de la Rota Romana, coram D. Ludouis. aut Gregor. XV. *d. decis.* 433. *n.* 1. ibi: *Fuit vnanimiter conclusum Dominos de Iacobatis filios dominici non esse substitutos post mortem Tarquini, & Marij, quia non probant se in dicto casu vocatos, vt probare debent, & nu.* 4. ibi: *Neque potest ab ista substitutione facta propter alienationem inferri ad illam post mortem hæredũ, cum sint factæ in diuersis casibus, & diuersis occasionibus.*

AR-

149 POr aver en este punto de la exclusion de Estrangeros en las Dignidades,honores,oficios,y beneficios,haziendas,bienes, y mayorazgos de España, escrito con tan exornada elegancia. Bobadilla,*lib.1.cap.12.à n.23.* Mastrill.*de magistrat. lib.2.cap.7.* Renath. Copin. *de sacr. forens. politia, libr.1.cap.3.* Barbos. *vot. 33.* D.Solorçan. *de Indiar. iur. tom. 2. lib.3.cap. 19. à num. 5.* D. Crespi de Valdaur. *tom.1. obseru.6.* D.Salçed. *de leg. politic. lib.2.c.15.* Nauarrete,*discurso politico* 17. & alij apud Aguil. *de incompatibil. 3.part. cap.1.à nu.16.* & post omnes con sublimes ventajas de su ingenio à todos en la defensa que ha pocos meses hizo en Estrados por el Real Fisco en el pleyto de los mayorazgos de *Veneroso*: el que no pudiendo los cortos buelos de mi pluma alcançar los aplausos que corresponden à la nobleza, erudicion, y doctrina tanti viri: *Est enim satius silere quam pauca tenuiter, & leviter dicere.* Macrob. *saturnal,cap.vltim.* Y assi solo su nombre sea su mayor fama, su fama sea su mayor elogio. Doctissimus in quam tunc Regius fiscalis nunc meritissimus Senator huius Regalis Cancellariæ Dom. D. Franciscus de Ceuallos el Cauallero, cui recte verba Ciceron. *in lib. de clar. orator.* conveniunt: *Erudiens es verbis, sapiens sententijs, genere toto grauis, elegans in dicendo, in existimando admodum prudens, in omnibus per vrbanus.*

150 Por lo qual escusarè el detenerme, trayendo solo à la memoria lo que mas especial conduzca para el caso. Y sea lo primero, la opinion contraria D. Castill. Roxas, y los demas que junta Aguila, *1.p. cap.6. à num. 116.* que confiessan han de suceder los ilegitimos à falta de todos los parientes, antes que el estraño. D. Iuan Baptista lo es, luego avrà de suceder D. Luis: maior est certa, minor probatur. Primo nam vt diximus supra *num. 109.* cum Tiber. Decian. estraño se dize aquel que ni el Fundador tiene obligacion à dexarle cosa alguna, aunque sea pariente. Y

mas quando no lo conoce, ni lo ha tratado, ni comunicado, que dixo la *l. peto*, ibi: *Cum quibus testator non est locutus*; *ff. de leg. 2.* cum traditis à D. Castill. *tom. 6. cap. 143. à nu. 8.* Y siendo incognito, y de otro Reyno se reputa por estraño de la familia, y que no le tiene afecto, ni voluntad el testador: y que quiso llamar, y preferir al hijo de el que primero llamò, vltra considerata se tiene por cierto, y prueua de vn elegantissimo lugar de San Salviano, Obispo de Marsella, *in epistol. ad Ypatium, & Quietam, pagin. mihi* 296. cuius verba sunt:

151 *Vos vtique vestri sanguinis indoles, non ad incognitorum hominum cogit dilectionem, sed ad vestrorum reuocat charitatem, nec alienos vobis aliena, sed ad vestros vestra commendat: neque id orat vt eos ametis, quos nunquam ante vidistis, sed vt eos non oderitis, quos puto non diligere non potestis.* Luego si el amor, y cariño de el Fundador siempre fue para con D. Iulio que tenia en su casa, y para con los de Genoua poco, ò ninguno se entiende que querria preferir à sus hijos, aunque naturales, naturales de estos Reynos, à los del Doctor Lomelin, estraños en la voluntad, y estraños por Estrangeros, erga quos nullam affectionem ostendit, vt in simili notant Mieres, D. Greg. & alij apud D. Castill. *d. cap. 143. à n. 20.*

152 Lo segundo, porque D. Iuan es Estrangero, y assi no solo como estraño del Fundador, sino de estos Reynos, es incapaz de suceder en mayorazgo que tiene anexo el oficio de Alferez Mayor, y Regidor perpetuo de Salobreña, vt expresse Cavetur, *in l. 2. tit. 3. lib. 7. Recop.* & ex illa tenent D. Gregor. Lop. *in l. 1. gloss. 6. tit. 18. part. 2.* Matienç. *in l. 2. glos. 1. tit. 10. lib. 5. Recop.* Aguila, *de incomp. 3. part. cap. 1. num. 72.* Gomez Bayo, *in prax. lib. 2. q. 154. num. 62.* Y aunque Matienço ibidem, *num. 2.* diga, que viniendose el Estrangero à habitar à estos Reynos podrà obtener el mayorazgo que tiene anexo oficio de Republica, Castillo, ò Frontera, demàs, de que es cótra la expressa disposicion de dichas leyes, el caso en que lo pone es quando

el

el pariente llamado à la sucesion es originario, y natural de España, que està en otro Reyno, que bolviendose à España podrà tenerlo, y gozarlo. Lo qual es distinto, porque entonces no se dirà Estrangero, sino natural, que buelve à su Patria à gozar su naturaleza, que nũca perdiò por la ausencia, mas quando el llamado es Estrangero, y natural de otro Reyno, aunque se venga à este no gozarà de naturaleza que jamàs tuvo, ni pudo tener, & ideo limitatio Matiençi potius fauet quam obest nostræ conclusioni.

153 Y menos obsta lo que Aguila dize vbi supra *à nu.* 77. queriendo dividir los bienes del mayorazgo, y que goze el Estrangero de estos, y del oficio el siguiente en grado, porque demàs de ser esto incompatible por lo individuo de su naturaleza, y los absurdos que se pudierã seguir de no auer, por la forma que èl dà successor fixo, ni verdadero dueño, ni posseedor del oficio, ni es practicable lo de que tenga la possesion el siguiente en grado, porque si este es tambien Estrangero se queda permanente la dificultad, y se incide en el mismo inconveniente. Este discurso es contra la disposicion de las mismas leyes que prohiben la enagenacion, dominio, y possesion de dichos oficios à los Estrangeros. Y lo mismo es el que hizo en Estrados con la doctrina de Cyriaco, *contr.* 205. *à nu.* 20. que por el estatuto de Mantua, que excluye de la sucesion al Estrangero, lo limita en la sucesion legal ex sanguinis coniunctione, porque ademàs de ser contra la disposicion del mismo estatuto que trae à la letra, *contr.* 204. *num.* 5. y contra la regla de nuestras leyes Reales, que ni en vida, ni en muerte permiten que sucedã los Estrangeros, y assi lo resuelve el mismo Aguila, ibidem *à nu.* 64.

154 Esto solo pudiera tener lugar quãdo no huviera otro pariente de la sangre que entrara en la sucesion, que en tal caso (como esta era sucesion legal) se pudiera permitir; mas quando no es sucesion legal, sino testamentaria personal, prohibida por las leyes à los Estrangeros, y ay pariente natural de Reyno habil, y capaz para suceder,

este precissamente avrà de suceder, y excluir al otro que tiene la incapacidad legal, etiam que el pariente natural no estè llamado: itaque in terminis resolvit idem Cyriac. *dict.contr.*204.*num.*5.*& contr.*205.*à num.*26. donde refiere los estatutos de Mantua, Pissa, Venecia, y Ferrara, exclusiuos de los Estrangeros, y que entonces han de suceder los parientes naturales del Fundador, y en la *contr.* 504. *à num.*92. aprieta mas, resolviendo, que aunque el mayorazgo excluya à las hembras de la sucession, si cōcurren vn Estrangero varon agnato, y vna muger natural de la Patria parienta del Fundador, esta ha de suceder, no obstante la exclusion, porque siendo el Estrangero substituido incapaz de suceder, es lo mismo que si no estuviera llamado, *l.* 2. *§.sed si sunt sui, ff.ad Tertyllian.* Surd. *cons.*544.*à nu.*8. cum alijs idem Cyriac.*contr.*4.*num.*14.*& contr.*284.*nu.* 51. Aguila vbi supra *num.*34. *&* 35.

155 Lo mismo concluye Mieres, *de maiorat.* 1.*part.quæst.*57.*nu.*70. donde dize, que concurriendo dos parientes à la sucession de vn mayorazgo, el vno natural del Reyno, y el otro Estrangero, aquel serà preferido assi por derecho como por voluntad del Fundador, y en el *nu.* 71. lo extiende a mas rigorosos terminos, diziendo, q̄ aunque el Estrangero estè casado, ò connaturalizado por rescripto, ò Cedula de su Magestad, le ha de preferir, y suceder en el mayorazgo el natural, etiam que el Fundador sea Estrangero, porque debe conformarse con las leyes, y costumbre de el Reyno donde haze el testamento, y funda el mayorazgo, vt idem Mieres notat 1.*part.quæst.*58.*nu.*20. & in initio 2.*part.nu.*274. donde habla expressamente de los Genoueses que dexan fundados mayorazgos de los bienes, y riquezas que adquirieron en España.

156 De menos fundamēto es lo que se dixo por el Abogado contrario en Estrados, que la exclusion de los Estrangeros se entendia de los enemigos de la Corona, no de los que estàn à su proteccion como Genoua, porque demàs de que, como confessò en los oficios, lo mismo es que

sea

ſea confederado que enemigo; como lo expreſſan dichas leyes: no cito para ello texto, ley, ni autoridad que diga, q̃ en los bienes, y mayorazgos de Eſpaña ſucedan los Eſtrangeros confederados, ni lo ay, ni lo hemos viſto en ſu libro, ni en otro alguno de los citados al principio de eſte Articulo: porque las razones de la excluſion, y incapacidad de los Eſtrangeros no ſon que ſean amigos, ò enemigos, ſino los que conſideran Navarrete, *d. diſcurſ.* 17. D. Salçed. *d. c.* 15. y el miſmo Aguila, vbi ſæpius *à num.* 54. de que los bienes, la hazienda, las riquezas, y mayorazgos de eſtos Reynos no las gozen, ni poſſean los Eſtrangeros, y los naturales padezcan neceſsidades, miſeria, y pobreza, y las demàs cauſas que dichos Autores tam ex iure divino naturali, & poſitiuo quam politici ſtatus regimine afferunt, y por la reciproca correſpondencia que ellos tienen por ſus eſtatutos, leyes, y coſtumbres de no admitir à los Eſpañoles, ni de otros Reynos à la ſuceſsion de los Oficios, Dignidades, beneficios, bienes, y hazienda, como hazen en Francia, Alemania, Inglaterra, Venecia, Sicilia, Mantua, Piſa, Ferrara, Polonia, Genoua, Aſsis, Saboya, y otros Principados, & referunt Renath Copin. Caſaneo, Rebuff. & alij penes D. Salçed. *dict. cap.* 15. *à num.* 70. y aun en los Reynos adherentes ſujetos a la Corona, ſucede lo miſmo en los Oficios, beneficios, y otros bienes, como en Valencia, Aragon, Cerdeña, Cataluña, Navarra, vt idem refert D. Salçed. *à num.* 23. luego ſi en dichos Reynos, Provincias, y Señorios ſon excluidos de la ſuceſsion los Eſpañoles, y Eſtrangeros, por la miſma razon, aunque ſean amigos, y confederados, y eſtèn a la proteccion de Eſpaña, ſus vezinos ſeràn excluidos de las ſuceſsiones, y herencias, Dignidades, honores, y beneficios, vt à contrario ſenſu, quando reciprocè admittuntur ciues vnius ex alterius Regni notat Cyriacus, *contros.* 291. *à nu.* 80. Socin. Senior, *conſ.* 292. *vol.* 2.

157 Y aſsi nos parece no auer razon para que D. Iuan Baptiſta, por natural de Genoua, hijo del Doctor Lomelin, aya entrado à ſuceder en el mayorazgo de Genoua, eſtan-

estando antes substituido D. Luis, como hijo de D. Iulio, y que si fuera à Genoua à pretenderlo, por sus Estatutos lo excluyeran como incapaz por Estrangero, y Español, y que no le suceda à D. Iuan lo mismo, excluyendolo del mayorazgo de España por Estrangero, y Genoues, sino que quiera lleuarse los dos siendo incapaz de suceder en este. Ideoque concludimus suppliciter in ratione, & clementia rogãtes, se ha de reuocar la sentencia dada en este pleyto en el Iuzgado de Provincia, declarando por legitimo sucessor en este mayorazgo à D. Luis Gavi, mandandole manutener en la possession en que se halla de sus bienes. Y asi lo espera, y el Abogado el perdon de lo que en proponer su defensa se ha extendido, pues por la grauedad de la causa, y dificultad de los puntos que se han tocado, no ha podido resumir à menor metodo su expression; nam vt asserit Plinius Iunior, *lib. 2. epistol. 6. Primum scriptoris officium esse existimamus, vt titulum suum legat, & interroget se, quid cœperit scribere, sciatque si in materia immoratur, non esse longum, si aliquid accrescit, atque attrahit.* Salvo, &c. T. G. S. & V. D. C.

Lic. Don Iuan Luys
de Soto.